



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

MAÍRA LEMES SILVA LUCIANO OLIVEIRA

**DIREITO E RISCO: CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DO CONSELHO
NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL**

Brasília

2020

MAÍRA LEMES SILVA LUCIANO OLIVEIRA

**DIREITO E RISCO: CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DO CONSELHO
NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS – do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Thais Maria Riedel de
Rezende Zuba

Brasília

2020

MAÍRA LEMES SILVA LUCIANO OLIVEIRA

**DIREITO E RISCO: CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DO CONSELHO
NACIONAL DA SEGURIDADE SOCIAL**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito
pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais
– FAJS – do Centro Universitário de Brasília –
UniCEUB.

Orientadora: Prof^ª. Dr^ª. Thais Maria Riedel de
Rezende Zuba

Brasília, _____ de _____ de 2020.

BANCA AVALIADORA

Prof. Dra. Thais Maria Riedel De Resende Zuba

Professor (a) Avaliador(a)

Professor (a) Avaliador(a)

Dedico este trabalho a mim mesma, pois este também foi um longo processo de desenvolvimento meu como pessoa e como pesquisadora. Que eu não esqueça mais que para amar os outros ao meu máximo, eu devo amá-los como a mim mesma primeiro.

Dedico ainda ao meu sonho em ter um Brasil com sólidas bases democráticas e que conquista cada dia mais seu objetivo de redução das desigualdades sociais.

AGRADECIMENTOS

Depois que passei dois anos para concluir esta monografia, é óbvio que muita gente passou pelo meu caminho e merece todos os agradecimentos. Sei que não é usual em monografias de graduação, mas quero desde o início ser grata por tudo e por todos. Então, peço paciência pela extensão deste tópico, pois dois anos é muito tempo.

Assim, começo agradecendo meus pais, Nívea Lemes da Silva e Estanislau Luciano de Oliveira, que sempre acreditaram em mim e foram compreensivos face aos meus primeiros fracassos, ao mesmo tempo em que eram firmes. Simplesmente me apoiaram com amor por todo o caminho, além de terem me proporcionado oportunidades extraordinárias de conhecimento ao longo de minha vida.

Agradeço ao amor da minha vida, Thiago Soares Silva, por também sempre me apoiar, ser compreensivo pelas tempo dispendido neste trabalho e por me proporcionar debates estimulantes que levaram ao amadurecimento de diversas ideias. Seu apoio foi imprescindível, meu amor.

Também aos meus diversos revisores ao longo dos anos: meu irmão, Me. Gabriel Lemes Silva Luciano Oliveira; Ma. Anna Clara Viana; minha mãe, Nívea Lemes da Silva; e a equipe da Biblioteca do UniCEUB.

De todo coração também à minha orientadora, Dra. Thais Maria Riedel de Resende Zuba, por me inspirar desde a sala de aula e depois me inspirar a escrever sobre este tema apaixonante, pela paciência nestes anos, por analisar um trabalho extenso e também por me dar diretrizes para refinar a minha pesquisa. Vejo que suas considerações precisas tornaram este trabalho mais maduro.

Também não poderia deixar de agradecer o Dr. Marcelo da Costa Pinto Neves que se mostrou disponível para me ajudar quando precisei e depois me apresentou a Dra. Nathaly José Mancilla Órdenes quem, por puro altruísmo, me ajudou a estruturar este estudo, me deu confiança e o norte necessário quando mais precisei. Apenas a mais pura gratidão aos dois.

Como disse, este também foi um processo de desenvolvimento pessoal e existem dois lugares que também me ajudaram a desenvolver a minha confiança e me mostraram que eu estava no lugar certo ao escolher a faculdade de Direito: à época, a firma de advogados Euro, Araújo, Soares & Lima (hoje em dia Guimarães também) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. Com o Dr. Euro Júnior e a Dra. Juliana Soares reencontrei a

minha paixão pelo direito, vi como era capaz e excelente em resolver problemas, o que pude apreender ali foi para além do direito e não tenho palavras para agradecer; eu simplesmente os admiro imensamente. Por oportunidade também agradeço ao Paulo Henrique Ribas dos Santos por ter acreditado em mim e me dado esta oportunidade com a firma ao me apresentar a eles. Já o CADE me proporcionou novos desafios, abriu portas a todo momento para que eu pudesse correr atrás de novos problemas, ter novos aprendizados e desenvolver novas competências. Ao mesmo tempo foram empáticos e estenderam o meu estágio, todas as vezes que reprovei em monografia, sem, entretanto, me julgar por isto. Todos vocês me ajudaram a construir minha confiança e sempre seguir em frente com mais força.

Agradeço também aos meus amigos Gabriel Vogado Rodrigues, Jadi Cristinne Ribas, Ramon Mesquita Sousa, Luciano Dias Lopes, Maria Karolina Beckmann Pires, Gabriel Lemes Silva Luciano Oliveira, Ana Carla de Araújo Magalhães, Ighor Chaves Alves Felipe de Oliveira, Udi de Melo Godinho, Mariana de Melo Godinho, Alex Renato Castro, Marcel Ostrowski, Ingrid Magalhães e Castro, Polyana Foletto Prauchner, Rodrigo de Oliveira Rodrigues Ramos, Sarah Rodrigues Ferreira Silva, Maristânia Cardoso de Brito; Maria Conceição Ramos Leitão, uma segunda mãe para mim; Shidoshi Simone Mogami Delgado, a quem peço licença para chamar de amiga, mas também considero uma mentora pela sabedoria transmitida ao longo dos anos; e à minha enorme família em Uberlândia, São Paulo e Brasília, saudades. Por todas as conversas, apoio quando fracassei e estava envergonhada, paciência pela ausência de tempo, conselhos, carinho e risadas. Tenho muito amor por todos vocês meus amigos e família.

Neste processo de desenvolvimento pessoal agradeço também à minha psicóloga, Silvia e ao meu psiquiatra Dr. Luan Diego Marques, sinto que cresci muito com o apoio profissional de vocês, muito obrigada.

Creio que este trabalho de fato reflita a minha jornada acadêmica, pois algumas aulas refletiram direito nas ideias aqui postas. Por isto gostaria de agradecer em especial às: Dra. Ana Izaura Pina Rodrigues, de sociologia geral e jurídica; Dra. Aline Albuquerque Sant'anna de Oliveira, de direito humanos; Ma. Raquel Boing Marinucci, de tópicos em políticas públicas; Christine Oliveira Peter da Silva, de tutelas dos direitos difusos e coletivos; e, claro, minha excelentíssima orientadora, Dra. Thais Maria Riedel de Resende Zuba, de direito previdenciário (da seguridade social). Desta eu já tive o prazer de falar, mas, considerando o todo, estas mulheres me inspiraram cada uma à sua maneira singular. Eu as admiro muito como profissionais acadêmicas. Gratidão a todas.

Também gostaria de fazer menção a alguns professores que percebo que moldaram a minha forma de pensar: Dr. Henrique Smidt Simon, de introdução ao estudo do direito; Prof. Carlos Fabian Levicoy Diaz, de ciência política; Me. Oswaldo Ponce Alvares e Me. Roberto Krauspenhar, de filosofia; Me. Edson Soares Ferreira, de criminologia; Dr. Antonio Henrique Graciano Suxberger, de direito processual penal II; e Dr. José Rossini Campos do Couto Corrêa, de filosofia jurídica. Sempre tive brilho dos olhos por estas aulas que me ensinaram a pensar e criticar.

Agradeço ainda aos grupos de pesquisa dos quais participei o Centro Brasileiro de Estudos Constitucionais – CBEC Universitário e ao Grupo de Pesquisa de Hermenêutica Constitucional e Filosofia. Também pude desenvolver meu raciocínio crítico nestes espaços, me deparar com diversos textos de excelência, autoridades que apresentaram pensamentos marcantes e sobretudo construir um conhecimento por meio do debate fundamentado e estruturado com os meus colegas.

Ao Centro Universitário de Brasília que proporcionou todas estas experiências, pois para aqueles que estão dispostos a aproveitar tudo e a correr atrás, de fato, vocês criam diversas oportunidades para que sejamos profissionais completos. Obrigada.

Eu sou uma pessoa que acredita que toda a trajetória pela qual passei é essencial para quem eu hoje me tornei. E hoje sou uma pessoa mais forte, resiliente, feliz, determinada, consciente das próprias forças e fraquezas, inteligente, com um futuro brilhante à frente e, sobretudo, plena de gratidão a todos vocês.

*“[...] Tu sabes,
conheces melhor do que eu
a velha história.
Na primeira noite eles se aproximam
e roubam uma flor
do nosso jardim.
E não dizemos nada.
Na segunda noite, já não se escondem:
pisam as flores,
matam nosso cão,
e não dizemos nada.
Até que um dia,
o mais frágil deles
entra sozinho em nossa casa,
rouba-nos a luz, e,
conhecendo nosso medo,
arranca-nos a voz da garganta.
E já não podemos dizer nada. [...]”*

Eduardo Alves da Costa

*"Assim,
temos de reconhecer que,
a despeito do quanto amamos,
odiamos ou criticamos
o 'Outro',
estamos destinados a viver
com esses Outros
neste mundo em risco"*

Ulrich Beck

*“We are realizing now that
a free-for-all is not the same as
freedom for all”*

Eric Liu

RESUMO

Busca-se descobrir se, na conformação do Estado Democrático de Direito, há risco decorrente da extinção do Conselho Nacional da Seguridade Social para a proteção do risco social. A hipótese é de que existe e que a proteção social se fragmentou desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. Por meio de revisão bibliográfica, estuda-se principalmente noções sobre o Estado Democrático de Direito, os conceitos de risco, características e princípios correlacionados ao Conselho Nacional de Seguridade Social. Também, por meio de pesquisa jurisprudencial, estuda-se as Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2.065/DF e Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão nº 2.634/DF. Conclui-se que, com base nas teorias apresentadas, não é possível afirmar que o Conselho Nacional da Seguridade Social com certeza teria reduzido o risco social, mas que é extremamente provável. Ademais é certo que a instituição que ele representava constitui parte da vontade geral consubstanciada pelo ato de soberania que foi a promulgação da Constituição Federal pela Assembleia Nacional Constituinte em 1988 e que o vácuo normativo deixado após a extinção do Conselho Nacional da Seguridade Social resulta em uma omissão inconstitucional. O estudo converge para a importância da comunicação, portanto a extinção deste conselho sem substituição de instituição equivalente é um risco para as bases do Estado Democrático de Direito brasileiro, visto que o Conselho Nacional da Seguridade Social era um espaço de comunicação pluralista organizada que permitia que fluísse dissenso contencioso em relação a matéria de seguridade social. Esta comunicação permite que haja a recursividade de comportamentos cidadãos cívicos que inspiram solidariedade, reforçam a manifestação de comunhão e fomentam a tomada de ações para a redução de desigualdades sociais. Teoricamente, conclui-se também pela possibilidade de se ter conhecido uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão com base no caráter democrático da seguridade social, na previsão constitucional de que a seguridade social deve ser um conjunto integrado de ações e com base no princípio de vedação ao retrocesso, dentre outros fundamentos, mas isto só pode ser testado de fato na prática.

Palavras-chave: Risco. Seguridade social. Estado Democrático de Direito. Modernidade Periférica. Conselho Nacional de Seguridade Social.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CAPS – Conselho de Articulação de Programas Sociais

CAS – Comissão de Assuntos Sociais

CCJ – Comissão de Constituição e Justiça

CF – Constituição Federal

CMB – Confederação das Santas Casas de Misericórdia, Hospitais e Entidades Filantrópicas

CNAS – Conselho Nacional de Assistência Social

CNPS – Conselho Nacional de Previdência Social

CNS – Conselho Nacional de Saúde

CNSS – Conselho Nacional da Seguridade Social

DRU – Desvinculação de Receitas da União

EC – Emenda Constitucional

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada

MP – Medida Provisória

MPF – Ministério Público Federal

OF – Orçamento Fiscal

OIT – Organização Internacional do Trabalho

OSS – Orçamento da Seguridade Social

ONU – Organização das Nações Unidas

OMS – Organização Mundial da Saúde

PDT – Partido Democrático Trabalhista

PT – Partido dos Trabalhadores

PGR – Procuradoria Geral da República

SNSS – Sistema Nacional da Seguridade Social

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 DA SEGURIDADE SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO....	15
1.1 Breve histórico do risco social e da seguridade social	15
1.1.1 <i>A seguridade como um direito social de segunda geração</i>	22
1.2 CNSS: implementação e extinção.....	24
1.2.1 <i>Alguns princípios da seguridade social relacionados ao CNSS</i>	34
1.2.2 <i>Aspecto institucional do CNSS</i>	42
2 NOÇÕES DE RISCO NA SOCIOLOGIA MODERNA	47
2.2 O Risco e as instituições conforme Ulrich Beck.....	47
2.3 <i>O risco na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann</i>	63
3 O CONSELHO COMO GESTOR DE RISCOS SOCIAIS DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	90
3.1 Aspectos sociais entre o risco social e a seguridade social	92
3.2 Possibilidades jurídicas de proteção desta instituição inconstitucionalmente extinta	95
3.2.1 <i>O CNSS e o Estado Democrático de Direito</i>	103
3.2.1.1 <i>Estado Democrático de Direito e subincluídos</i>	103
3.2.1.2 <i>Problemas do Conselho</i>	115
3.2.1 <i>Princípio da vedação do retrocesso</i>	121
3.3 A extinção do CNSS como um fator de risco para o Estado Democrático de Direito	133
CONCLUSÃO.....	146
REFERÊNCIAS	150

INTRODUÇÃO

Os seres humanos se submetem a riscos quando fazem uma decisão (comissiva ou omissiva). Cada vez mais ao longo da história e sobretudo após a Revolução Industrial, a sociedade passou a explorar as oportunidades advindas de decisões arriscadas e os riscos foram sistematicamente agravados com o desenvolvimento da sociedade moderna.

Ocorre que nem todas as pessoas decidiram se submeter a estes riscos, o que é oportunidade para uns pode ser a exposição ao perigo para outros alheios à deliberação. Assim, após a revolução industrial aumentou muito o número de pessoas que não têm a mesma capacidade responsiva de lidar com as contingências destas situações arriscadas – a sociedade de risco reforçou ainda mais a sociedade de classes sociais.

Então ao longo da história houve conquistas paulatinas de direitos para proteger inicialmente trabalhadores, aposentados, eventualmente expandidos para as pessoas que ficassem doentes ou que precisassem de assistência social por serem incapazes de lidar com sua situação naquele momento.

Após uma história de império, escravidão, ditaduras e um processo constituinte originário bem polarizado, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) – conhecida como Constituição Cidadã – coroou no Brasil a conquista destes direitos sociais, dentre eles o da seguridade social. Esta Constituição previu uma instituição com gestão quadripartite e integrada entre as áreas da saúde, previdência social e assistência social que iria deliberar e opinar sobre o Orçamento da Seguridade Social (OSS) e políticas públicas de seguridade social.

Ocorre que o órgão instituído com esta finalidade, o Conselho Nacional da Seguridade Social (CNSS) foi extinto pela Medida Provisória (MP) nº 1799-5, de 13 de maio de 1999, assim como as sucessivas reedições desta ao revogar o art. 6º da Lei 8.212 de 1991. Alguns acreditavam que a extinção deste conselho deixou um vácuo normativo para a concretização dos Art. 194 *caput* e inciso VII do parágrafo único e Art. 195, §2º da Constituição Federal o que seria inconstitucional.

Para remediar esta situação foram apresentadas a Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.065/DF e Ação Direita de inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 2.634/DF. Nenhuma delas vingou. Todavia, na primeira foi levantada a discussão sobre o Princípio da Vedação de Retrocesso que garante esta conquista paulatina

dos direitos, em especial os sociais, em situações já estabelecidas de segurança jurídica como é o caso do que foi previsto na promulgação da Constituição Federal de 1988.

Neste contexto, o trabalho buscará pesquisar por meio de revisão bibliográfica se a extinção deste conselho é uma ameaça em si para a proteção do risco social. Uma vez que o Estado decide diversas situações em comum para os seus cidadãos constituindo padrões biográficos, a hipótese inicial é de que, sem este conselho, as decisões de políticas públicas geravam insegurança para os cidadãos por mudarem constantemente como devem guiar o rumo de suas vidas. Além disso, com a crescente desconfiança da sociedade nos poderes do Estado, outra hipótese era a de que esta decisão colegiada traria mais legitimidade à decisão uma vez que o peso da decisão não estaria em apenas uma pessoa, mas dividida entre representantes de diversos círculos.

Este conselho já foi extinto há vinte anos e, após a “eternização” da Medida Provisória extintiva, não houve normatização pelo Poder Legislativo sobre o tema. Inicialmente questionaremos se este conselho ainda teria importância para a proteção do risco social e, com o desenvolvimento da pesquisa, outra dúvida será examinada: se esta extinção acabou por gerar uma omissão inconstitucional que ferisse não apenas os direitos sociais, mas princípios fundamentais da dinâmica herdada pela vontade geral ao estabelecer a Constituição Federal como ato de soberania do povo.

A questão dos direitos sociais é que eles são muitas vezes direitos de conquista social, portanto são resultado de séculos. Assim como a conquista destes direitos é paulatina, o desmantelamento deles também pode ser gradativo. Por isto, é importante estar atento para identificar se o povo está perdendo direitos ou se estão apenas os tendo reformulados por outra ideologia ou forma de prestação, para verificar constantemente se os objetivos constitucionais: de uma sociedade livre, justa, solidária; de garantia desenvolvimento nacional; de erradicação da pobreza e da marginalização e de redução das desigualdades sociais e regionais estão sendo almejados na consecução do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Para este estudo será utilizado como método a revisão bibliográfica e estudo de documentos, incluindo pesquisa do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) sobre a forma de atuação do Conselho Nacional da Previdência Social (CNPS) que será usada comparativamente para se ter noção do Conselho Nacional da Seguridade Social, além das pessoas ali entrevistadas citarem sobre a atuação do CNSS. Haverá ainda o estudo

jurisprudencial das decisões da ADI nº 2.065/DF e ADO nº 2.634/DF e pesquisa sobre outras tentativas de concretizar a instituição de participação social prevista na constituição.

Uma vez que se discutirá o Princípio de Vedação ao Retrocesso, é necessário fazer uma base histórica sobre a evolução do risco social para poder concluir se ele retrocedeu. Assim, no capítulo 1 será apresentado breve histórico sobre o processo de conquista dos direitos sociais da seguridade social, o histórico da proteção do risco social no mundo e no Brasil. Prosseguir-se-á até o histórico do Conselho Nacional da Seguridade Social, as tentativas de estabelecer instituição semelhante após a Constituição de 1988, apresentação de princípios correlatos e sobre o aspecto institucional.

No capítulo 2 será feito um estudo das noções de risco na sociologia moderna correlacionando com o objeto de estudo que é a extinção do Conselho, tendo como referencial teórico os autores Niklas Luhmann e Ulrich Beck.

Por fim, no capítulo 3 estes conceitos anteriormente trabalhados serão aplicados para entender como se desenvolveu a Seguridade Social no Estado Democrático de Direito brasileiro. Com base em estudo das ações constitucionais relativas ao CNSS, serão observados as discussões e argumentos para não dar prosseguimento a estas ações, assim como se cabe de fato a aplicação do princípio de vedação de retrocesso e refletir-se-á se ainda há uma forma jurídica de lidar com a situação. Assim, os termos do Art. 194 *caput* e parágrafo único inciso VII e Art. 195 § 2º ambos da constituição Federal serão esmiuçados em suas expressões chave, ou seja, estudar-se-á o que é um conjunto integrado de ações e no que consiste o caráter democrático da seguridade social, incluindo-se uma revisão bibliográfica sobre a parte histórica da Assembleia Constituinte Originária para interpretar estes termos. Com base no que será apresentado, será visto se a extinção do CNSS é um fator de risco para a proteção do risco social e para o Estado Democrático de Direito.

1 DA SEGURIDADE SOCIAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Ao longo da história, as pessoas se sujeitaram a diversos riscos sociais: fatos futuros incertos, por vezes imprevisíveis ou inevitáveis, aos quais as pessoas estão submetidas em razão de circunstâncias laborais ou da própria vida¹. Com o intuito de desenvolver proteção a tais riscos, verifica-se uma verdadeira conquista, ao longo da história, para construir o que hoje chamamos de Seguridade Social. Um sistema de proteção da população contra os riscos sociais tais como doenças, invalidez, idade avançada, gravidez, acidentes de trabalho, situações de desemprego, situações de hipossuficiência e vulnerabilidade, que necessitam de maior proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice, bem como algumas outras situações no âmbito da saúde, da previdência e da assistência social. Há farta literatura² sobre o histórico do risco e o histórico da seguridade social. Não se almeja aqui revisão exaustiva dessa literatura. Busca-se, tão somente, eleger um parâmetro histórico e conceitual do CNSS a fim de subsidiar a discussão que se segue.

1.1 Breve histórico do risco social e da seguridade social

Ressaltam-se três³ períodos históricos⁴ em que há manifestações sobre o fenômeno da proteção social. O primeiro período⁵ se iniciou com a criação da primeira norma elaborada por Caio Graco, que se assemelha, em parte, ao que chamamos hoje de Seguridade Social. Estas primeiras acepções de seguridade social ganharam força com a *Lex Cassia Terentia Frumentaria* (70 A.C), pois a ação do Estado assemelhava-se à política de assistência social. Com isso, o Estado incumbiu-se de distribuir certa porção de trigo à população mais pobre que estivesse cadastrada para essa finalidade. Com o imperador Trajano, no ano 100 d.C, essa assistência passou a ser prestada de forma financeira “mediante certa quantia mensal, apta a sustentar trezentas crianças pobres da região de Veleia”. Também há relatos na idade média

¹ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 15.

² Por exemplo, pode-se buscar a leitura da Dra. Zuba para se ter um histórico mais objetivo em: ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 15-47; ou pode-se buscar o Dr. Salvador para ter um enfoque diferente deste histórico e até mais crítico em: SALVADOR, Evilásio da Silva. *Fundo público no Brasil: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007)*. 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social) - Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

³ Não há consenso sobre estas fases evolutivas, porém a existência de três fases é a mais usual. IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 45.

⁴ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁵ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

em as guildas de organizações profissionais instituíram uma proteção social de cunho mutualista⁶.

O segundo período⁷ da proteção social também foi de caráter assistencialista e adveio com a promulgação da Lei dos Pobres de 1601 (*Poor Relief Act*), na Inglaterra, durante o reinado da Rainha Elizabeth I. Por fim, iniciou-se o período de formação⁸ de modelos mais próximos aos usados hoje em dia. Nesse terceiro período⁹, os próprios trabalhadores agruparam-se nas sociedades, para prestarem ajuda mútua em caso de contingências, por meio do mutualismo. Essa ideia de seguro surgiu com o chanceler Otto Von Bismark, quando redigiu a Lei de Seguros, na Alemanha, em 1883, período que se estende até a Primeira Guerra Mundial. Nesta lei, buscava-se garantir ao trabalhador seguro contra riscos diversos tais quais doença, acidente de trabalho, invalidez e velhice, sendo considerado o primeiro sistema moderno de seguros sociais, baseado na solidariedade coletiva e executado de forma tripartida entre Estado, empregador e trabalhador¹⁰.

Constituem também marcos históricos, para a seguridade social, a Constituição do México (1917)¹¹ e a chamada Constituição de Weimar (alemã – 1919)¹², pois, nesse período o constitucionalismo social se desenvolveu¹³. Destaca-se que as constituições se assemelhavam às cartas políticas¹⁴ nesta época, portanto indicavam como deveria ser a atuação do Estado, do Poder Executivo no estabelecimento de políticas e do Poder Legislativo na confecção das leis.

⁶ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 06.

⁷ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

⁸ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 38.

⁹ BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

¹⁰ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. Barueri, SP: Manoele, 2011, p. 01.

¹¹ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 06.

¹² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 47.

¹³ Sobre o termo, Zuba explica: “Como resposta ao individualismo excessivo do constitucionalismo liberal, surge o constitucionalismo moderno ou social, que considera como função estatal a realização da justiça social e vem integrar aos textos constitucionais os direitos sociais e trabalhistas (direitos fundamentais de segunda geração)” ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 27.

¹⁴ Este termo está em oposição a constituições com força normativa. Sobre o termo “Carta Política”, diz Luís Roberto Barroso: “No início do constitucionalismo moderno, na Europa, a Constituição era vista como uma Carta Política, que servia de referência para as relações entre o Estado e o cidadão, ao passo que o Código Civil era o documento jurídico que regia as relações entre particulares, freqüentemente [sic] mencionado como a ‘Constituição do direito privado’. Nessa etapa histórica, o papel da Constituição era limitado, funcionando como uma convocação à atuação dos Poderes Públicos, e sua concretização dependia, como regra geral, da intermediação do legislador. Destituída de força normativa própria, não desfrutava de aplicabilidade direta e imediata. [...]”. Ainda sobre este período “[...] o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado [séc. XIX], no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava

Ainda assim, considera-se que houve grande avanço para a seguridade social, pois esta intenção do Estado de se vincular à atuação positiva para proteger a seguridade social significava mudança paulatina de mentalidade – passando para aquela em que é melhor prevenir do que lidar com as contingências.

Ou seja, antes de o risco se tornar uma contingência a ser manejada, adota-se mecanismo de proteção para prevenir que ele sequer ocorra. Isso apresenta vantagens, pois quando se está diante de uma contingência, há que se lidar com a urgência e a necessidade, o que muitas vezes ocorre sem a devida análise e planejamento com relação a qual medida seria mais adequada, eficiente, econômica etc. a ser adotada¹⁵.

Advém que, após a calamidade representada pelos adventos das duas guerras mundiais, entre o Tratado de Versalhes e o fim da Segunda Guerra Mundial, ficou ainda mais claro como o risco pode incidir de forma ampla¹⁶. Tal modelo, baseado em seguros sociais obrigatórios, passaram pelo período de expansão geográfica¹⁷, em especial, após a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919¹⁸, pois o modelo de seguridade social foi ali apresentado¹⁹.

Esse modelo consolidou-se após a Segunda Guerra Mundial como reação à própria necessidade de se reconstruir os países envolvidos e proporcionar condições mínimas de bem-estar social para as pessoas atingidas pelo conflito. Após a crise de 1929, o Presidente Franklin Roosevelt adotou uma série de medidas sociais com o objetivo de superar a crise, esta política recebeu o nome de *New Deal* e veio a inspirar a doutrina do *Welfare State*²⁰.

invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005, p. 7 e 32.

¹⁵ Não é por menos que a Lei de Responsabilidade Fiscal coloca logo no seu primeiro artigo: “Art. 1º Esta Lei Complementar estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, com amparo no Capítulo II do Título VI da Constituição. § 1º A responsabilidade na gestão fiscal pressupõe a ação planejada e transparente, em que se previnem riscos e corrigem desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, mediante o cumprimento de metas de resultados entre receitas e despesas e a obediência a limites e condições no que tange a renúncia de receita, geração de despesas com pessoal, da seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar” (grifo nosso).

¹⁶ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 28.

¹⁷ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 38.

¹⁸ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 07.

¹⁹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. Barueri, SP: Manoele, 2011, p. 02.

²⁰ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 07.

Já a seguridade social, como se conhece hoje, surgiu com o Informe Beveridge²¹ no Reino Unido em 1942²². Este constitui um marco para diversos sistemas de seguridade social, modelo no qual toda a sociedade contribui, compulsoriamente, para a Seguridade Social, por meio do pagamento de contribuições sociais e o Estado responde quanto à proteção dos trabalhadores da eventual incidência de riscos sociais. Assim, o Estado não apenas passou a incentivar a solidariedade coletiva, mas a demonstrar atuação positiva na organização e garantia dos direitos dos assegurados²³.

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e da Organização Mundial da Saúde (OMS)²⁴, o bem-estar social ganhou ainda mais visibilidade para que a dignidade da pessoa humana fosse garantida²⁵. Afinal, o estado de miséria em que muitos se encontravam, após a Segunda Guerra Mundial fez com que, cada vez mais, se consolidasse a implementação de sistema de seguridade social em diversos países.

Em 28 de junho de 1952 é aprovada a Convenção nº 102 da OIT que estabelece normas mínimas de seguridade social e prevê uma proteção generalista e não apenas aos trabalhadores, esta convenção foi ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 269 de 19 de setembro de 2008²⁶.

Nessa época, os Estados tinham em vista os direitos que foram estabelecidos pela ONU²⁷. Entretanto, no final da década de 1970, teve curso um período de reformulação, quando diversos países passaram a implementar gradativamente o Estado Mínimo. Zuba

²¹ Este autor dá enfoque especial ao Plano Beveridge, detalhando bem a sua importância para a seguridade social. SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007)**. 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 59-64.

²² BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

²³ LIMA, Javert de Souza. Da Mensagem de Bismark ao Plano Beveridge. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, v. 09, p. 125-131, 1957. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/47/showToc>. Acesso em: 03 jun. 2020.

²⁴ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 37.

²⁵ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 28.

²⁶ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. Barueri, SP: Manoele, 2011, p. 02-03.

²⁷ Declaração Universal dos Direitos Humanos - Artigo 25: 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis e direito à segurança em caso de desemprego, doença invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio, gozarão da mesma proteção social. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 03 jun. 2020.

explica como essa relação contraditória desenvolveu-se: “[...] os Estados se organizam avançando ou recuando, entre o mínimo e o máximo [...]”²⁸, afinal, se por um lado se almejava o bem-estar social, por outro, gerava alto custo financeiro para os Estados.

A doutrina do *Welfare State* sofreu severas críticas pelo Banco Mundial no informe *Averting the Old Age Crisis* de 1994, sugerindo sistemas previdenciários privados e intervenção mínima do Estado – e de fato houve um declínio do *Welfare State*²⁹ –, porém este informe foi revisto em 2005 na publicação *Old-Age Income Support in the 21st Century*, pois a maioria dos sistemas de aposentadoria do mundo que adotaram estas diretrizes não cumpriram seus objetivos sociais, além de contribuírem para distorções em importantes no funcionamento de economias de mercado³⁰.

Já no Brasil³¹, em um primeiro período da história, os serviços de saúde e assistência social, em boa parte, eram atribuídos às Santas Casas de Misericórdia, aos montepios e às sociedades beneficentes³², porém a primeira previdência privada foi um plano de pensão para os empregados da Santa Casa dos Santos criado em 1543 por Braz Cubas³³. Havia algumas

²⁸ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 38.

²⁹ No modelo bismarckiano, mais primitivo, a proteção não era universal, geralmente limitada aos trabalhadores, rigoroso financiamento por meio de contribuições sociais dos interessados (trabalhadores e empresas), além de restringir sua ação a determinadas necessidades sociais. O modelo beveridgiano tem concepção mais ampla, pois visava a universalidade de atendimento, atendendo a tudo e todos, com financiamento por meio de impostos, arrecadados de toda a sociedade. Percebe-se, claramente, que a solidariedade é mais forte neste modelo. No Pós-Guerra, surge uma tendência universalizadora do seguro social, com base nas premissas teóricas do Plano Beveridge. As maiores taxas de natalidade e crescimento econômico geraram *euforia protetora*, com a consequente universalização da clientela, sem maiores distinções em razão das atividades econômicas, privilegiando a solidariedade. O financiamento distancia-se da técnica de capitalização, com a repartição simples, trazendo, evidente enfraquecimento do aspecto atuarial do sistema protetivo. No sistema beveridgiano, as prestações pagas pelo sistema são desvinculadas da real remuneração do trabalhador, ao contrário do sistema bismarckiano, no qual a prestação é relacionada à cotização. Estes são, em apertada síntese, os pressupostos históricos que permitiram a formação teórica plena do *Welfare State*, que se iniciara com Bismarck e tem íntima ligação com a previdência social. Todavia, em razão do excessivo crescimento desordenado dos sistemas protetivos, é com alguma perplexidade que o mundo assiste a um retorno aos modelos bismarckianos de seguro social, haja vista seu maior comprometimento com o equilíbrio financeiro e atuarial. Ou seja, com a crise do *Welfare State*, o que se constata em âmbito mundial é uma mescla dos sistemas bismarckiano e beveridgiano, com a adoção recíproca de características até então estranhas, como a *securitização* do esquema beveridgiano, ou seja, a fixação de benefícios calculados também em relação às contribuições individuais. IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 51-52.

³⁰ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 09-11.

³¹ Para mais detalhes sobre esse histórico no Brasil, ver BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

³² TEIXEIRA, 1990 apud SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007)**. 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 59-64, p. 121.

³³ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 11.

normas esparsas, que versavam sobre o assunto³⁴, a partir da Constituição Imperial de 1824, passando pelas demais constituições históricas brasileiras até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Desde o período em que se começou a desenvolver a democracia social no mundo, não passou muito tempo após a Constituição do México (1917) e a Constituição de Weimar (1919) para o Brasil buscar modelos que protegiam o trabalhador e eventualmente as pessoas expostas aos diversos riscos sociais. Portanto, a partir da edição da Lei Elói Chaves (1923) até o Decreto 20.465/31³⁵ instaurou-se o período de implementação³⁶ das primeiras legislações previdenciárias, que se baseavam nesses sistemas iniciais de seguro social ao trazer as primeiras Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAP), mais tarde transformadas nos Institutos de Aposentadoria e Pensões (IAP).

A partir de 1933³⁷ se inicia o período de expansão³⁸ (dos institutos de aposentadoria e pensões dentro das categorias de classe) e em 1960 o período de unificação³⁹ de grande parte da legislação aplicável ao sistema brasileiro com a promulgação da Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS).

Entretanto, o período de unificação, de fato, só se consolidou com a unificação administrativa deste sistema por meio da criação do Instituto Nacional de Previdência Social (INPS) e com a Consolidação das Leis de Previdência Social (CLPS), por meio do Decreto nº 72, de 1976. Isto sugere a importância de uma instituição pública para a proteção do risco social⁴⁰.

Com foco ainda mais previdenciário, a partir de 1977, teve início um período de reestruturação com a criação do Sistema Integrado Nacional de Previdência e Assistência

³⁴ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 43-47.

³⁵ SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil**: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007). 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 59-64, p. 126.

³⁶ Esses períodos são mais detalhados em ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 41-43, mas ressalte-se que ela apresentou o modelo colocado por Horvath. Ademais, a autora ainda detalha como foi o desenvolvimento da seguridade social no Brasil antes destes períodos.

³⁷ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. Barueri, SP: Manoele, 2011, p. 03.

³⁸ SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil**: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007). 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 59-64, p. 131-133.

³⁹ SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil**: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007). 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 59-64, p. 134-135.

⁴⁰ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. Barueri, SP: Manoele, 2011, p. 04.

Social (SINPAS) que era integrado por diversos órgãos⁴¹. Este período durou até a promulgação da Constituição Federal de 1988, que se tornou marco brasileiro de duas conquistas para o tema.

Em primeiro lugar, esta é a Constituição que implantou o Sistema da Seguridade Social atualmente vigente no Brasil (apesar de alterações por Emendas Constitucionais), por isso é chamado de período de seguridade social, em que a expansão da seguridade social começou a abarcar não apenas os trabalhadores, mas toda a população brasileira.

Em segundo lugar, essa Constituição foi a primeira Constituição Brasileira a possuir força normativa⁴², ao contrário de ser mera carta política. Afinal, dá ao cidadão o direito de exigir que os direitos contemplados na constituição sejam prestados, por efetivação de políticas públicas ou por sua normatização, e tornem a proteção dos direitos relativos à seguridade social mais efetiva. Desta forma, paulatinamente, desenvolve-se a igualdade material (dentre outros direitos) almejada pelos direitos de segunda geração. Portanto, o Brasil passou a se tornar um Estado de Seguridade Social⁴³ com o objetivo de garantir mínimo social de forma universal. Por exemplo, foi neste período em que o Sistema Único de Saúde (SUS) foi criado, dentre outras normas e políticas públicas que trouxeram mais segurança frente aos diversos riscos à população⁴⁴ no território brasileiro.

⁴¹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. Barueri, SP: Manoele, 2011, p. 04.

⁴² Força normativa da constituição está sendo usado no significado dado por Konrad Hesse: “A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. [...] Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto mais ampla for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostrar-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional [...]”. HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991. Já sobre a força normativa no ordenamento brasileiro, diz Luis Roberto Barroso: “[...] O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. [...] Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada”. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005, p. 8.

⁴³ Sobre este termo: “Tem-se, pois, que a Constituição de 1988, ao lado de outras tantas de outros países, é exemplo de Constituição que afirma o Estado Democrático Social, onde os direitos fundamentais estão reconhecidos, bem como discriminados os mecanismos para a sua proteção e garantia contra qualquer ameaça; é ato lesivo, abusivo, que todo cidadão e todos os que detêm a titularidade desta defesa estejam conscientes da necessidade de manutenção, acima de todas as ideologias, da eficácia permanente dos direitos fundamentais, quer os de primeira, quer os de segunda, terceira ou quarta gerações, que podem ser reunidos sempre que se interpretem os textos com o fim último do bem comum, com o *teleos axiológico* do interesse público.” LEIRA, 2011 apud ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 49-50.

⁴⁴ Usei o termo população, porque o sujeito tutelado vai depender: se é apenas o segurado contribuinte na previdência social, a pessoa hipossuficiente nos termos da lei no caso da Assistência Social e absolutamente qualquer pessoa no que se refere a saúde.

1.1.1 A seguridade como um direito social de segunda geração

O histórico da seguridade social por vezes se entrelaça com a conquista dos direitos humanos desde a antiguidade até a contemporaneidade. Zuba esclarece sobre a seguridade social que: “[...] hoje constitucionalmente concebida como um direito social, é fruto de toda uma evolução dos direitos humanos [...]”⁴⁵. No Brasil, esta conquista dos direitos humanos foi positivada na Constituição Federal por meio dos direitos fundamentais.

Para explicar a conquista destes direitos fundamentais, rememora-se a Teoria Dimensional dos Direitos Fundamentais: construção teórica sobre os direitos que formarem-se em blocos com características específicas. A doutrina é pacífica⁴⁶ acerca da existência de três gerações⁴⁷ de direitos fundamentais.

A teoria dimensional dos direitos fundamentais possui caráter cumulativo e complementar da evolução dos direitos fundamentais, assim esses direitos são uma unidade indivisível no direito constitucional⁴⁸. Os direitos fundamentais foram conquistados paulatinamente e são doutrinariamente divididos em três gerações de direitos fundamentais⁴⁹.

Na primeira geração, estão agrupados, essencialmente, os direitos civis e políticos. Estes são frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII, consubstanciado na doutrina iluminista e jusnaturalista de pensadores como Hobbes, Locke, Rousseau e Kant⁵⁰. Nesta geração de direitos, se busca a proteção da autonomia do indivíduo em face do Estado, ou seja, abstenção, não ingerência do Estado na vida privada. Portanto, é um bloco de direitos de cunho negativo, são estes: o direito à vida, à liberdade – de expressão, de imprensa, de

⁴⁵ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 1.

⁴⁶ A doutrina é pacífica na existência de três gerações, porém há autores (como o próprio Bonavides) que defendem uma 4ª, uma 5ª e até mesmo uma 6ª geração, como cita SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 45. Porém este trabalho versa sobre um direito de 2ª geração, por isto, basta se ater àquela classificação mais unânime de três gerações de direitos fundamentais.

⁴⁷ Para ver a crítica ao conceito de “gerações” em face ao termo “dimensões” utilizado na doutrina de Ingo W. Sarlet, por exemplo, ver SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 45, o autor ressalta em nota de rodapé ainda que há quem prefira o termo “naipes” ou “famílias” em detrimentos dos dois anteriores.

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 46.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 46-50.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 46-50.

manifestação, de reunião, de associação, de religião etc. – à propriedade, à igualdade perante a lei (igualdade formal).

No século XIX, a industrialização impactou e agravou diversos problemas sociais e econômicos. Por esse motivo, não bastava às pessoas apenas um Estado ausente, e passaram a necessitar de um Estado que interviesse para diminuir desigualdades. Neste período, se fundem as conquistas da segunda geração de direitos fundamentais. As características destes direitos são as de possuírem dimensão positiva com a finalidade de garantir que os indivíduos possam ser materialmente iguais, proporcionando bem-estar social ao garantir a prestação social de serviços estatais, tais como assistência social, saúde, previdência, educação, trabalho etc. Englobam, também, liberdades sociais a exemplo da liberdade de se sindicalizar e o direito de greve, dentre outros direitos trabalhistas. Importante destacar que esta intervenção estatal acontece de forma a ainda preservar os direitos de primeira geração. Em especial, porque a efetivação dos direitos de primeira geração promove o arcabouço mínimo de liberdade, para que os direitos de segunda geração possam ser totalmente gozados, por isso o caráter complementar e cumulativo dessas gerações de direitos⁵¹.

Por fim, os direitos de terceira geração se fundamentam em ideal de solidariedade e fraternidade. Neste bloco de direitos, a titularidade de direitos não é diretamente proporcionada ao indivíduo, mas aos titulares destes direitos, quais sejam, os grupos humanos – família, povo, nação. Estes são direitos que versam sobre interesses difusos e coletivos. Como consensualmente mais citados inclusive em outros autores, Ingo W. Sarlet⁵² se refere neste bloco de direitos aos direitos: “[...] à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e à qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação.” O autor considera que a reivindicação desses direitos aconteceu “[...] dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais”.

Logo, o presente estudo está inserido no contexto dos direitos prestacionais de segunda geração. No contexto desses direitos, observa-se que a industrialização agravou

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 46-50.

⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 48-49.

diferenças sociais. Vigorava o pensamento individualista do liberalismo clássico, em especial em relação ao mercado econômico, o que gerou grande impacto no mercado de trabalho.

Neste contexto, as relações de trabalho adquirem grande relevância neste bloco de direitos, porque muitos deles surgiram em torno da proteção ao trabalhador. Por exemplo, no risco de o trabalhador ficar doente, mas poder ser amparado neste momento em que perde a sua capacidade laboral temporariamente; no risco de que, durante a jornada de trabalho, fique parcial ou totalmente incapacitado em decorrência de acidente de trabalho ou, ainda, em razão de trabalho insalubre; na possibilidade de gravidez da mulher, hipótese na qual necessita de amparo no período em que não possa trabalhar; no risco de o trabalhador perder o emprego, ficando ele e, talvez a família, sem meio de subsistência; e assim por diante.

Mas esses movimentos reivindicatórios foram, progressivamente, expandidos para outros grupos, cada vez mais na busca de um Estado com “[...] comportamento ativo na realização da justiça social”^{53,54}.

1.2 CNSS: implementação e extinção

Como explicado anteriormente, o direito da seguridade social é um direito de segunda geração⁵⁵, ou seja, o Estado precisa ter atuação positiva para que os cidadãos possam usufruir desse direito em sua plenitude. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) dedicou à proteção da Seguridade Social o seu Capítulo II, dentro do título da Ordem Social, que está regulada no artigo 194 e engloba Saúde (artigos 196-200, CF/88), Previdência Social (artigos 201-202, CF/88) e Assistência Social (artigos 203-204, CF/88).

A Saúde é um direito subjetivo público universal, logo, independentemente do sujeito e independentemente de contribuição, esse direito é garantido a todos no território

⁵³ “Justiça social significa compromisso do Estado em garantir a igualdade de direitos, em especial, entre as pessoas menos favorecidas, além do respeito aos direitos humanos. Em termos de desenvolvimento, a justiça social é vista como o ponto de integração entre o aspecto econômico e o social. A justiça social deve garantir a efetivação dos fundamentos e princípios da ordem econômica. Significa uma das finalidades básicas do Estado na garantia de justa distribuição e acesso aos bens que possam atingir a satisfação das necessidades fundamentais do ser humano. Eros Grau (2008, p. 224-225) afirma que justiça social deve ser entendida no sentido de superação das injustiças sociais na repartição do produto gerado, permitindo a efetividade do desenvolvimento sócio econômico [sic]”. POMPEU, Gina Marcilio; PONTES, Rosa Oliveira de. O princípio da democracia econômica e social e a Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 230-256, maio/ago. 2017. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.14624.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 47.

⁵⁵ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 52.

brasileiro. Em razão disso a solidariedade no país é feita pelo Orçamento da Seguridade Social⁵⁶ de forma coletiva. Esse direito visa a redução do risco de doenças, englobando também a promoção da proteção e recuperação daquele já está doente⁵⁷.

A Previdência Social é um direito subjetivo dos segurados que contribuem compulsoriamente para o sistema previdenciário. Em face disso, a solidariedade é interpessoal entre todos os segurados contribuintes, mas não entre todas as pessoas. Dentro da previdência social, visa-se como ressalta Zuba, à:

[...] cobertura dos riscos de doença, invalidez, morte, incluídos os resultantes de acidente do trabalho, velhice e reclusão; ajuda à manutenção dos dependentes dos segurados de baixa renda; proteção à maternidade, especialmente à gestante; proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes.⁵⁸

A Assistência Social, por sua vez, protege apenas aqueles que são hipossuficientes nos termos da lei. São pessoas consideradas mais vulneráveis socialmente (particularmente se forem portadores de deficiência, idosos, crianças e adolescentes em situação de vulnerabilidade). Esta proteção é feita independentemente de contribuição, uma vez que essas pessoas são protegidas por um sistema de seguridade coletiva no qual as verbas do Orçamento da Seguridade Social, dentre outras, irão sustentar a assistência dada a essas pessoas⁵⁹.

O sistema adotado no Brasil se baseia na solidariedade coletiva em relação à saúde e à assistência social, ao passo em que, a previdência social se baseia na solidariedade interpessoal, haja vista que na previdência a contribuição é compulsória^{60 61}.

A regulação da seguridade social pelo artigo 194 da Constituição Federal, por englobar estas três áreas, regula com normas gerais em seu *caput* também a saúde, a previdência social e a assistência social, logo ajuda a interpretar como devem ser tratados dentro do capítulo da Ordem Social. Portanto, esses três devem ser compreendidos como um

⁵⁶ “Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]”.

⁵⁷ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 61.

⁵⁸ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 66.

⁵⁹ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 12-17.

⁶⁰ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 53-42.

⁶¹ Para ver mais sobre o histórico e características de cada uma destas três áreas, ver: ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 55-82.

conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade brasileira. Miguel Horvath Junior caracteriza as prestações de seguridade social como:

As prestações de seguridade social, enquanto direitos fundamentais têm as seguintes características, dentre outras: historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universabilidade, inviolabilidade, interdependência e complementariedade.

A Solidariedade é a base do Sistema de Seguridade Social.⁶²

Nesse ínterim, é importante destacar no presente estudo⁶³ que a EC nº 20/98 acrescentou o inciso VII ao Parágrafo único do Art. 194, CF/88:

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. (*g.n.*)

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

- I - universalidade da cobertura e do atendimento;
- II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;
- III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços;
- IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;
- V - equidade na forma de participação no custeio;
- VI - diversidade da base de financiamento;
- VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

Neste contexto, o Conselho Nacional da Seguridade Social⁶⁴, assim como os Conselhos Estaduais e Municipais foram previstos na Lei 8.212, de 1991. No entanto, a Medida Provisória (MP) nº 1799-5, de 13 de maio de 1999, revogou o artigo 6º da Lei 8.212, 1991 que dispunha:

⁶² HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Os direitos Fundamentais e a seguridade social**. Âmbito Jurídico. 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/os-direitos-fundamentais-e-a-seguridade-social/>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁶³ Ponto de discussão do Capítulo 3.

⁶⁴ O CNSS foi previsto com a competência aqui discutida na Lei 8.212/91. Entretanto, o órgão em si foi criado durante o governo de Getúlio Vargas por meio do Decreto-Lei nº 525, de 1º de julho de 1938, mas à época possuía uma competência que se referia apenas à assistência social.

Art. 6º Fica instituído o Conselho Nacional da Seguridade Social, órgão superior de deliberação colegiada, com a participação da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de representantes da sociedade civil.

§ 1º O Conselho Nacional da Seguridade Social terá dezessete membros e respectivos suplentes, sendo:

a) 4 (quatro) representantes do Governo Federal, dentre os quais, 1(um) da área de saúde, 1(um) da área de previdência social e 1(um) da área de assistência social;

b) 1 (um) representante dos governos estaduais e 1 (um) das prefeituras municipais;

c) oito representantes da sociedade civil, sendo quatro trabalhadores, dos quais pelo menos dois aposentados, e quatro empresários;

d) 3 (três) representantes dos conselhos setoriais, sendo um de cada área da Seguridade Social, conforme disposto no Regimento do Conselho Nacional da Seguridade Social.

d) 3 (três) representantes membros dos conselhos setoriais, sendo um de cada área da seguridade social, conforme disposto no Regimento do Conselho Nacional da Seguridade Social. [...]

§ 4º Os representantes dos trabalhadores, dos empresários e respectivos suplentes serão indicados pelas centrais sindicais e confederações nacionais e terão mandato de 2 (dois) anos, podendo ser reconduzidos uma única vez.

§ 5º As áreas de Saúde, Previdência Social e Assistência Social organizar-se-ão em conselhos setoriais, com representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e da sociedade civil.

§ 6º O Conselho Nacional da Seguridade Social reunir-se-á ordinariamente a cada bimestre, por convocação de seu presidente, ou, extraordinariamente, mediante convocação de seu presidente ou de um terço de seus membros, observado, em ambos os casos, o prazo de até 7 (sete) dias para realização da reunião. [...]

Art. 7º Compete ao Conselho Nacional da Seguridade Social:

I - estabelecer as diretrizes gerais e as políticas de integração entre as áreas, observado o disposto no inciso VII do art. 194 da Constituição Federal;

II - acompanhar e avaliar a gestão econômica, financeira e social dos recursos e o desempenho dos programas realizados, exigindo prestação de contas;

III - apreciar e aprovar os termos dos convênios firmados entre a seguridade social e a rede bancária para a prestação dos serviços;

IV - aprovar e submeter ao Presidente da República os programas anuais e plurianuais da Seguridade Social;

V - aprovar e submeter ao Órgão Central do Sistema de Planejamento Federal e de Orçamentos a proposta orçamentária anual da Seguridade Social;

VI - estudar, debater e aprovar proposta de recomposição periódica dos valores dos benefícios e dos salários-de-contribuição, a fim de garantir, de forma permanente, a preservação de seus valores reais; [...].

Ao fazer isso, dentre outros resultados, extinguiu-se o CNSS. Esta medida provisória foi reeditada diversas vezes, inclusive na MP 1.911/99 e, por esse motivo, esta foi objeto de questionamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 2.634, mas que não foi provida⁶⁵. Logo depois, essencialmente com o mesmo objeto, a MP 1.911-10/99 (editada pela última vez sob o nº 2.216-37/01⁶⁶) foi contestada na ADI 2.065/DF, julgada pelo tribunal do pleno do STF, em 16 de fevereiro de 2000, e objeto de estudo posterior neste trabalho⁶⁷.

Para entender a importância do CNSS, volta-se a atenção para a Constituição Federal. Conforme o artigo 165 § 5º da CF/88, a Lei Orçamentária Anual de iniciativa do Poder Executivo prevê separadamente o Orçamento Fiscal (OF), o orçamento de investimentos e o orçamento da seguridade social (OSS). Sobre o OSS, o artigo 195, § 2º da CF/88 afirma que este orçamento será elaborado de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, assistência social e previdência social. Salvador faz a relação do OSS com o CNSS:

O orçamento da Seguridade Social (OSS), sob o formato quadripartite, chegou a ser elaborado nos primeiros anos após a regulamentação das leis de custeio e de benefício da seguridade social, as que na realidade definiam o financiamento e os benefícios da previdência social, com raras passagens sobre a seguridade social no texto legal. Em 1993 e 1994, apareceu como proposta do Conselho Nacional da Seguridade Social (CNSS), mas essa

⁶⁵ “[...] Não foi provida sob o seguinte argumento: “A Constituição não exige que seja criado órgão colegiado de seguridade social, não sendo acertada a afirmativa da ocorrência de omissão na regulamentação do art. 194, VII, da Constituição. Do exposto, adotando o parecer da Procuradoria-Geral da República, nego seguimento ao pedido e determino o seu arquivamento. Publique-se. Brasília, 16 de setembro de 2002. Ministro Carlos Velloso - Relator -5”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2634 DF**. Vistos. O Partido dos Trabalhadores - PT, com fundamento nos arts. 102, I, a e p; e 103, VIII e § 2º, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade por omissão “em face do descumprimento e da falta de emissão de norma regulamentadora do disposto no inciso VII do art. 194 da Constituição, o qual prevê o caráter democrático e descentralizado da gestão quadripartite da Seguridade Social” (fl. 2). (...) Relator: Min. Carlos Velloso, Data de Julgamento: 16/09/2002, Data de Publicação: DJ 23/09/2002 PP-00043.

⁶⁶ Esta MP não foi reeditada novamente por causa do advento da EC 32/01 que assim dispôs: “Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional”.

⁶⁷ Capítulo 3.

orientação não prevaleceu. Na realidade, apesar da previsão constitucional da seguridade social, o CNSS teve vida curta.⁶⁸

O autor ainda assevera que não apenas esse conselho foi extinto, mas que com sua extinção também se esvaiu o controle social sobre este orçamento⁶⁹, pois na prática o que ocorre é uma mistura entre o OSS e o OF:

Até 2002, as propostas de leis orçamentárias encaminhadas pelo Poder Executivo e aprovadas pelo Congresso Nacional não tratavam das despesas e das receitas da seguridade social de forma separada do orçamento fiscal. A Lei Orçamentária, em cada ano, tratava em uma única peça orçamentária denominada ‘orçamento fiscal e da seguridade social’. Como afirma Dain (2011), um orçamento meramente virtual. Em 2003, ou seja, após 15 anos de existência na Constituição, o projeto e a lei orçamentária aprovada trouxeram o montante das receitas e das despesas dos orçamentos fiscal e da seguridade social separados. Contudo, essa apresentação limitou-se a uma estrutura formal de orçamento, sem qualquer controle social, pois o CNSS tinha sido extinto quatro anos antes. Além disso, os orçamentos aprovados após 2003 não seguem o desenho constitucional da seguridade social, pois não explicitavam a desvinculação das receitas que ocorre por meio da DRU⁷⁰, que é transformada em arrecadação do orçamento fiscal. Assim como as despesas não ficam limitadas àquelas previstas na Carta Magna para esfera da seguridade social (previdência, saúde, assistência social e seguro-desemprego).⁷¹

⁶⁸ SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007)**. 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 59-64, p. 201.

⁶⁹ SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007)**. 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 204.

⁷⁰ Sobre a Desvinculação de Receitas da União (DRU), explica o mesmo autor: “Nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, por meio do Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) (Emendas Constitucionais nºs 10 e 17 e, posteriormente, Emenda Constitucional nº 27), que criou a Desvinculação das Receitas da União (DRU), permitiu a desvinculação de 20% da arrecadação de impostos e contribuições sociais até o fim de 2003. Dando sequência [sic] à mesma política fiscal do governo anterior, a equipe econômica de Lula, sob alegação de que a ‘economia brasileira ainda requer cuidados’, manteve no âmbito da Emenda Constitucional nº 42 (reforma tributária) a prorrogação da DRU até 2007. A EC nº 56, aprovada em 2007, voltou novamente a prorrogar a DRU, desta vez até 2011 [atualmente foi extinta apenas em 2019 e não era mais de 20%, mas de 30%]. Portanto, teremos 17 anos de usurpação [25 anos atualizados até 2019] de recursos da seguridade social pelo orçamento fiscal”. SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007)**. 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 59-64, p. 201-202. O autor aprofunda a análise da DRU no capítulo 5 de sua tese: SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007)**. 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 59-64, p. 321-328.

⁷¹ SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007)**. 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 204.

No entender de Balera, esta extinção foi uma “[...] absurda providência [...]”⁷² que criou a Câmara de Política Social no Conselho do Governo, e posteriormente o Conselho Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Sobre este último, o estudioso explica:

No interior desse Conselho foram criados um grupo de acompanhamento de políticas sociais e um observatório de equidade que, a seu modo, apoiaram a formulação de políticas públicas e ações sociais promotoras de maior equidade.

Aliás, seus integrantes, ao elaborarem o importante Relatório sobre a Reforma Previdenciária, fizeram questão de consignar a seguinte proposta:

“Integração efetiva das ações de Seguridade Social e de seu Orçamento, reforçando o papel do CNPS e reativando o CNSS em todas as esferas do governo”.

Porém, se nenhuma instância estiver integrada pelos representantes dos trabalhadores, dos empresários e dos aposentados, não poderá ser considerado existente, nem mesmo sob a perspectiva formal, o espaço democrático da seguridade social estará desatendendo ao que determina o inciso VII, do parágrafo único do Art. 194 da Constituição.⁷³

Destarte, dentro dessa estrutura e por meio da MP 726/16 (convertida na Lei nº 13.341/16), foi criado o Conselho de Articulação de Programas Sociais (CAPS) vinculado ao Ministério do Desenvolvimento Social. A competência do CAPS conforme a exposição de motivos que criou este conselho é:

Cria-se, na estrutura ministerial, por transformação da Secretaria de Estado de Assistência Social, o Ministério da Assistência e Promoção Social, que terá *as competências de formular a política nacional de assistência social*, normatizar, orientar, supervisionar e avaliar a execução da política de *assistência social*, além de, essencialmente, articular, coordenar e avaliar os programas sociais do governo federal, dando-lhes a necessária coerência e aumentando a sua capacidade de atender às necessidades dos cidadãos carentes, num setor onde a dimensão das dificuldades geradas pela desigualdade de distribuição da renda e carências decorrentes da exclusão social é desafio que requer uma atenção específica, fortalecendo a atuação do Poder Executivo nas políticas sociais em todos os níveis de governo. Para tanto, cria-se, ainda, o Conselho de Articulação de Programas Sociais, com a competência de apreciar previamente as propostas de criação, ampliação ou alteração de programas sociais mantidos pelo Governo Federal, bem como

⁷² Para o Autor, a extinção do CNSS foi absurda, porque ele via este como um espaço valioso para o desenvolvimento da democracia com o enfoque da seguridade social, de forma a democraticamente sugerirem mudanças no SNSS com base em uma gestão responsável. Diz o autor: “Esse lugar social, no qual a democracia da gestão do sistema encontra expressão, não esgotaria os modos de participação da comunidade [...] Advirta-se, porém, que esse tão importante lugar de comando, espaço no qual a democracia da gestão e da seguridade social deveria estar sendo posta em um ato, foi extirpado do rol de componentes do sistema”. BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 91.

⁷³ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 91.

propor mecanismos de articulação e integração de programas sociais e acompanhar a sua implementação (grifo nosso).⁷⁴

Sobre esse Conselho, Balera⁷⁵ propõe que a estrutura do CAPS poderia ser utilizada como órgão aglutinador de políticas públicas integradas em relação a toda a seguridade social. Contudo, alerta que ainda assim seria necessário existir a representatividade quadripartite com a participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados a que alude o inciso VII do Parágrafo Único do artigo 194, CF/88.

Isto é, menos relevante é o órgão que teria estas competências, contudo é mais relevante definir um órgão que irá ter o papel de aglutinar a criação de políticas públicas e no qual podemos discutir o OSS de forma integrada. Um exemplo disso é que houve quem defendesse até a criação de um Ministério da Seguridade Social e considerou um retrocesso a fragmentação da seguridade social⁷⁶.

Porém esta integralização não ocorre nem de uma forma, nem de outra, pois os diversos órgãos estão dispersos na estrutura governamental com suas respectivas políticas sociais sendo concebidas separadamente: vigora a Lei nº 13.844/2019⁷⁷ convertida da MP nº 870/2019. Nessa lei, o Conselho Nacional da Saúde (CNS)⁷⁸ encontra-se vinculado ao Ministério da Saúde (Art. 48, I); o Conselho Nacional da Previdência Social (CNPS)⁷⁹ (Art. 32, XX) e o Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC)⁸⁰ (Art. 32, XVIII) estão vinculados ao Ministério da Economia; o Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS)⁸¹ (Art. 24, IV) e o Conselho de Articulação de Programas Sociais (CAPS)⁸² (Art. 24, VI) estão vinculados ao Ministério da Cidadania.

⁷⁴ De acordo com a Exposição de Motivos Interministerial nº 1/CC/MJ, de 1º.1.2003, referente à MP nº 103/2003 (posteriormente convertida na Lei nº 10.683/2003). BRASIL. Governo Federal. **Exposição de Motivos Interministerial n. 1 /CC/MJ**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/1-CCV-MJ-03.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁷⁵ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 92.

⁷⁶ “[...] A ausência de um conceito em que um ministério (Ministério da Seguridade Social) ou órgão pudesse centralizar o conjunto de ações de proteção social, consolidou uma forma fragmentada de tratar tal política no País”. CARBONE, Célia Opice. **Seguridade social no Brasil: ficção ou realidade?**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 119, 135-136.

⁷⁷ BRASIL. Governo Federal. **Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁷⁸ Criado pela Lei nº 378, de 13 de janeiro de 1937.

⁷⁹ Criado pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.

⁸⁰ A Lei nº 12.154, de 23 de dezembro de 2009 cria esta nova denominação do extinto Conselho de Gestão da Previdência Complementar.

⁸¹ Criado pela Lei nº 8742, de 07 de dezembro de 1993.

⁸² Criado pela Lei nº 13.341 de 29 de setembro de 2016.

Houve tentativas de recuperar esta instituição. Quando o CNSS foi extinto, o Partido Democrático Trabalhista (PDT) e o Partido dos Trabalhadores (PT), com fundamento nos artigos 102, I *a* e *p*; e 103, VIII, da Constituição Federal, propuseram Ação Direta de Inconstitucionalidade face de violação ao artigo 246⁸³ e inciso VII do parágrafo único do Art. 194 da Constituição Federal, que prevê o carácter democrático e descentralizado da gestão quadripartite da Seguridade Social. O Tribunal do Pleno do Supremo Tribunal Federal (STF), quando iria julgar a medida cautelar da referida ação constitucional, acabou por sequer conhecer a Ação Direta de Inconstitucionalidade. Entretanto, neste julgamento houve discussões relevantes⁸⁴ para o presente estudo, pois foi discutido ali o Princípio da Vedação de Retrocesso e sobre a necessidade de haver uma mora, uma omissão por demais prolongada para enfim ser considerada inconstitucional.

Após esta brecha baseado na mora inconstitucional fazendo com que persistisse a inexistência de uma instituição igual ou semelhante ao extinto CNSS, o PT, em 2002, com fundamento nos artigos 102, I *a* e *p*; e 103, VIII e § 2º, da Constituição Federal, propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão “[...] em face do descumprimento e da falta de emissão de norma regulamentadora do disposto no inciso VII, do Art. 194 da Constituição, que prevê o carácter democrático e descentralizado da gestão quadripartite da Seguridade Social”. Em decisão monocrática⁸⁵, o Ministro Carlos Velloso negou pedido e determinou o arquivamento da ação, afirmando em suma: “A Constituição não exige que seja criado órgão colegiado de seguridade social, não sendo acertada a afirmativa da ocorrência de omissão na regulamentação do art. 194, VII, da Constituição”.

⁸³ “Art. 246. É vedada a adoção de medida provisória na regulamentação de artigo da Constituição cuja redação tenha sido alterada por meio de emenda promulgada a partir de 1995. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 7, de 1995)”.

⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2065 DF**. Ação Direta De Inconstitucionalidade. MP 1911-9/99. Norma de natureza secundária. Violação indireta. impossibilidade de exame em sede de controle concentrado de constitucionalidade. 1. É incabível a ação direta de inconstitucionalidade quando destinada a examinar ato normativo de natureza secundária que não regule diretamente dispositivos constitucionais, mas sim normas legais. Violação indireta que não autoriza a aferição abstrata de conformação constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 17/02/2000, Data de Publicação: DJ nº 43, 01/03/2000. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1778260. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2634 DF**. Vistos. O Partido dos Trabalhadores - PT, com fundamento nos arts. 102, I, *a* e *p*; e 103, VIII e § 2º, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade por omissão "em face do descumprimento e da falta de emissão de norma regulamentadora do disposto no inciso VII do art. 194 da Constituição, o qual prevê o caráter democrático e descentralizado da gestão quadripartite da Seguridade Social" (fl. 2).(...) Relator: Min. Carlos Velloso, Data de Julgamento: 16/09/2002, Data de Publicação: DJ 23/09/2002 PP-00043.

Uma outra tentativa de sanar esta mora inconstitucional foi a tramitação no Senado Federal do Projeto de Lei nº 178/2007 do senador Paulo Paim (PT/RS)⁸⁶. Esse projeto defendia o regresso do Conselho Nacional da Seguridade Social, regulamentando o inciso VII do parágrafo único do artigo 194 da Constituição. Porém, o projeto precisava passar primeiro pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS) e depois pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ).

No primeiro momento, na CAS, o senador “*ad hoc*” Cyro Miranda⁸⁷ deu seu parecer pela aprovação, mantendo o substitutivo do senador anterior, Cícero Lucena. A proposta substitutiva alterou, em -especial, a quantidade de membros na composição do CNSS. O referido parecer foi aprovado em 20 de novembro de 2013.

Na CCJ, a matéria foi arquivada ao final da 54^a Legislatura⁸⁸. Todavia o desarquivamento foi requerido pelo senador Paulo Paim e outros na forma do Requerimento nº 78 de 2015, este aprovado em 10 de março de 2015. Atualmente, esse projeto de lei estava aguardando a designação de novo relator, porém, sem ainda ter parecer da CCJ, foi arquivado definitivamente nos termos do artigo 332, §2º do Regimento Interno do Senado Federal⁸⁹.

Por fim, alguns destes Conselhos poderiam ter sido extintos inicialmente pelo Decreto nº 9.759, de 11 de abril de 2019, já que esse decreto, assinado na comemoração aos 100 dias do Governo Bolsonaro, extinguiu diversos colegiados e criou normas para que os pedidos de recriação de Conselhos fossem recriados dentro desses padrões. Entretanto, em decisão liminar proferida na ADI 6.121/DF, o STF decidiu unanimemente que os Conselhos criados por Lei só poderiam ser extintos por Lei, razão pela qual referido decreto não atinge, neste momento, os Conselhos, que são objetos dessa pesquisa.

⁸⁶ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 178, de 2007**. Autoria: Senador Paulo Paim. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80446>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁸⁷ Em substituição ao Senador Cícero Lucena.

⁸⁸ Arquivada nos termos do art. 332 do Regimento Interno e do Ato da Mesa nº 02, de 2014.

⁸⁹ Art. 332. Ao final da legislatura serão arquivadas todas as proposições em tramitação no Senado, exceto: [...] § 1º Em qualquer das hipóteses dos incisos do caput, será automaticamente arquivada a proposição que se encontre em tramitação há duas legislaturas, salvo se requerida a continuidade de sua tramitação por 1/3 (um terço) dos Senadores, até 60 (sessenta) dias após o início da primeira sessão legislativa da legislatura seguinte ao arquivamento, e aprovado o seu desarquivamento pelo Plenário do Senado. § 2º Na hipótese do § 1º, se a proposição desarquivada não tiver a sua tramitação concluída, nessa legislatura, será, ao final dela, arquivada definitivamente.

1.2.1 *Alguns princípios da seguridade social relacionados ao CNSS*⁹⁰

Por ocasião da ADI por Omissão nº 2.634/DF uma das conclusões para que fosse negado e arquivado monocraticamente a ação foi:

Já quanto ao Conselho Nacional de Seguridade Social afigura-se desnecessária, ante a existência dos Conselhos Nacionais de Previdência, Assistência Social e Saúde, a sua manutenção, já que as ações daquele são de competência destes, restando garantida, assim, a gestão democrática e descentralizada da administração da Seguridade Social, conforme exigido pela Carta Constitucional.

Entretanto o *caput* do Art. 194 da Constituição Federal afirma que a Seguridade Social compreende um conjunto *integrado* de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social.

A Constituição Federal fez questão de diferenciar a seguridade social dos seus componentes, de forma que não só engloba a Assistência, Previdência e Saúde, mas é também o somatório de suas partes por possuir algo a mais. Wladimir Novaes Martinez aponta esta como o próprio objetivo da seguridade social:

[...] a seguridade social não tem objetivos, pois, *per se* não é meio protetivo, desmaterializada na forma de programa e propósito governamental e carta constitucional de intenções.

Além dos próprios instrumentais, o seu fito reduz-se a integrar esses três componentes [Previdência, Assistência e Saúde] e nada mais.⁹¹

No caso, essa diferenciação serve para integrar as partes, ou seja, harmonizá-las, sendo esse um esforço conjunto dos Poderes Públicos e da sociedade. Interpretando este dispositivo, afirma Balera:

Pode-se afirmar que, dessa perspectiva, o Sistema Nacional da Seguridade Social é a rede de componentes que, enquanto unidade, alberga a totalidade dos esquemas e planos de proteção.

O eixo centralizador, capaz de harmonizar o todo, seja-nos permitida a comparação, confere a capacidade jurídica relativa aos organismos públicos e privados que integram o sistema. As medidas de rendimento de cada componente não são relevantes. Interessa a atuação integrada de todos em prol da universalidade da proteção social da comunidade.⁹²

⁹⁰ Aqui não se exaure os princípios da seguridade social correlacionados ao CNSS, apenas se destacam dois, pois eles são os que fomentam o debate em relação à discussão sobre a extinção do CNSS.

⁹¹ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**: noções de direito previdenciário. São Paulo: LTr, 1997. t. 1. p. 295.

⁹² BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 89.

Nesse cenário, o CNSS teria uma função aglutinadora⁹³, ou seja, teria o condão de tomar informações das demais áreas coletadas pelos Conselhos Nacional da Saúde, Nacional da Previdência e Nacional da Assistência Social, e refletir sobre políticas públicas e diretrizes que poderiam se aplicar às três instâncias.

Este termo pode ser interpretado tanto em relação à participação do governo e da sociedade quando se observa o *caput* do Art. 194, como pode se considerar a interrelação entre as três áreas da Seguridade Social, o que fica mais claro no 2º do Art. 195 ambos da Constituição Federal. É diferente pensar em políticas públicas só para uma área e pensar de forma integrada, visto que a integralização pode visualizar soluções que se apliquem a mais de um campo, alcançando maior eficiência ou decisões contraditórias⁹⁴.

Ademais, do ponto de vista do orçamento, nem sempre é possível implementar na prática as políticas públicas das três áreas em toda a sua extensão⁹⁵, visto que entre a definição da agenda, a tomada de decisão e a implementação de políticas públicas, há momentos em que uma área poderá ser mais privilegiada do que outra, enquanto poderiam ser pensadas para as

⁹³ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 90.

⁹⁴ “Esse baixo comprometimento de setores governamentais também contribui para uma falta de integração e coordenação entre os processos participativos. Muitas vezes as deliberações tomadas em conferência ou conselhos de áreas diferentes são contraditórias entre si. Buscando vencer esse desafio, o governo do Presidente Lula criou uma instância específica dentro do Palácio do Planalto. Essa Secretaria tem dentre suas atribuições, ‘garantir maior articulação e sinergia entre as relações políticas do Governo com a sociedade civil organizada e entre o conjunto de mecanismos e iniciativas setoriais de participação social hoje existentes na formulação, acompanhamento e controle de políticas públicas’¹⁰. Note-se, contudo, que esse objetivo tem sido parcialmente cumprido até o momento. Para alguns críticos, a lógica do governo federal tem sido o da governabilidade social e da consulta, não avançando em uma perspectiva de construção de espaços de participação com atribuições de deliberação nas políticas públicas”. CICONELLO, A. O desafio de eliminar o racismo no Brasil: a nova institucionalidade no combate à desigualdade racial. In: OXFAM INTERNATIONAL. (Org.). **From Poverty to Power: how Active Citizens and Effective States can Change the World**. Oxfam International: Londres, 2008. Disponível em: <https://policy-practice.oxfam.org.uk/publications/from-poverty-to-power-how-active-citizens-and-effective-states-can-change-the-w-115393>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁹⁵ “Ao mesmo tempo em que foram criados diversos conselhos e processos de conferências para o debate e deliberação das políticas sociais, nenhum mecanismo participativo foi implementado nos espaços decisórios da política econômica. Aliás, cada vez mais as decisões econômicas estão concentradas nas mãos de poucos. Isso tem se revelado uma verdadeira contradição e uma barreira para o avanço da participação, uma vez que as restrições determinadas pelas políticas macroeconômicas afetam o alcance e o próprio desenho das políticas sociais. Qualquer argumento no sentido de tornar as medidas econômicas mais transparentes, passíveis de influência e do controle social é refutado com a naturalização do discurso de que as mesmas são de natureza essencialmente técnica e, portanto, devem ser tomadas por especialistas. Nesse sentido, diz-se que a economia colonizou a política, uma vez que em última análise as decisões ‘técnicas’ indiscutíveis afetam o espaço de da política, incluindo os conselhos e conferências”. CICONELLO, A. O desafio de eliminar o racismo no Brasil: a nova institucionalidade no combate à desigualdade racial. In: OXFAM INTERNATIONAL. (Org.). **From Poverty to Power: how Active Citizens and Effective States can Change the World**. Oxfam International: Londres, 2008. Disponível em: <https://policy-practice.oxfam.org.uk/publications/from-poverty-to-power-how-active-citizens-and-effective-states-can-change-the-w-115393>. Acesso em: 03 jun. 2020.

três – forma mais eficiente de pensar a política pública, mas, sobretudo, visando a questão social com políticas públicas voltadas para especialmente para isto⁹⁶.

Houve a tentativa de sanar esse equívoco ao criar o CAPS, porém, esta não só não possui a gestão quadripartite, como também é possível observar na Lei 13.884/19 que o CAPS não articula e integraliza políticas públicas advindas do CNPS e do CNS em conjunto com o CNAS, mas apenas articula programas sociais de competência do Ministério da Cidadania (art. 24, § 1º da Lei 13.884/19). De toda forma, para Balera⁹⁷ esta estrutura poderia ser utilizada para a concretização da Constituição Federal caso ela se readéque aos princípios constitucionais, em especial os da seguridade social.

Na atividade interpretativa das normas constitucionais, pressupõe-se pelo princípio da unidade da constituição⁹⁸ que ela possui coerência consigo mesma, de forma que as partes estariam em coerência com o todo, impõe ao intérprete que considere a constituição em sua globalidade, evitando contradições e considerando que são preceitos integrados num sistema interno unitário de normas e princípios, inclusive com a mesma hierarquia não se fazendo uma distinção interna para se atribuir uma dignidade distinta à normas de direitos sociais ou programáticas, por exemplo⁹⁹.

Pressupomos então que o termo na expressão “A seguridade social compreende um conjunto *integrado* de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade [...]” não foi escrita ao acaso: no mínimo foi um ponto em que não havia consenso e por isto foi ambíguo o suficiente para abarcar as ideias políticas pluralistas.

Ora, a Constituição foi fruto de lutas históricas, havia distintos ideais políticos que deveriam ser mediatizados para conviver entre si. Florestan Fernandes, acadêmico de perspectiva marxista e deputado que fez parte da Assembleia Constituinte Originária, compila seus textos como observador primário da constituinte no livro “A Constituição Inacabada”, buscando uma ordem cronológica dos textos que demonstram exatamente esta ansiedade pelo futuro que ora lhe parecia otimista, ora pessimista. Em seu livro registra como foram polarizadas as discussões:

⁹⁶ CARBONE, Célia Opice. **Seguridade social no Brasil: ficção ou realidade?**. São Paulo: Atlas, 1994.

⁹⁷ BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social**. 8. ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 92.

⁹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, posição: 2.532-2.535.

⁹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 191-192, 226-227.

[...] Ou nasce um República democrática com cheiro e sangue de Povo ou ficaremos à mercê de políticos profissionais na grossa maioria identificados, até às raízes dos cabelos com o reacionarismo nacional e estrangeiro [...].

O Congresso Constituinte, entregue à hegemonia das classes dominantes, não abre, por si mesmo, esses dois caminhos. Por essa razão, as classes trabalhadoras precisam dar tudo de si à luta política pelo menos para que nasça uma República democrática de duas faces: uma burguesa, outra proletária. Nada de confundir a República democrática com uma ditadura oculta do capital e da burguesia democrática com uma ditadura oculta do capital e da burguesia (nacional e estrangeira), como se uma vitoriosa minoria eleitoral fosse a maioria real, absoluta e eterna. E precisam dar tudo de si, também, para impedir que a República democrática nascente tenha a faculdade por direito divino, de fechar às classes subalternas e subalternizadas qualquer tentativa de lutar pela revolução social e pela conquista do poder. O que está em jogo não é a proibição ou a exclusão dessa alternativa. É o reconhecimento da legitimidade da soberania popular e a legalidade das formas políticas de democracia que ela possa ou venha a consagrar [...].¹⁰⁰

Esta posição política pluralista está na origem da constituição, para permitir que este pacto se consumasse, todos os lados precisaram ceder um pouco, mas em pontos mais controversos e sensíveis à esta polarização – como é o caso da Seguridade Social – ficaram abertos à discussão de cada tempo.

Alonso Freire fez um análise de segunda ordem profunda sobre o que foi o Processo Constituinte, relata que não havia um texto-base; os acordos eram feitas entre lideranças; havia grande influência de *lobbying*; acordos feitos previamente, mas que eventualmente eram quebrados; ainda que o executivo exerceu grande influência no processo constituinte por ter moedas de troca; a utilização de técnica de redação ambígua, que deixava para a posterioridade a interpretação do que quer dizer, o alcance, etc., uma vez que na época não foi possível alcançar consenso; etc.¹⁰¹.

É neste contexto que se insere a necessidade de se pensar as políticas públicas da seguridade social de forma integrada ainda hoje em dia, um contexto em que a Constituição Federal foi idealizada inacabada e, para concretizar o texto em norma, é preciso que haja a gestão quadripartite integrada. Isto faz particular sentido ao considerar o pressuposto dos estudos de Alonso Freire:

¹⁰⁰ FERNANDES, Florestan. **A constituição Inacabada**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989, p. 62.

¹⁰¹ FREIRE, Alonso. Trinta anos depois: uma análise do processo constituinte e do desempenho da Constituição Federal de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 124-155.

Antes, porém, de avançar, convém explicitar uma distinção pressuposta neste artigo e importante para a conclusão à qual chego a propósito do caráter não inclusivo do último processo constituinte brasileiro. Considero que as normas democráticas exigem a inclusão como critério de legitimidade política dos resultados, e não mera participação na deliberação. Para se assegurar não apenas participação, mas verdadeira inclusão, é preciso que as opiniões, razões e interesses dos participantes de um processo de tomada de decisão sejam verdadeiramente considerados e levados a sério. Importa, então, considerar aqui duas formas de exclusão da discussão política e da tomada de decisões. A primeira, chamada de exclusão externa, é aquela que “mantêm alguns indivíduos ou grupos fora dos fóruns de debate ou processos de tomada de decisão, ou que permitem que alguns indivíduos ou grupos dominem o controle sobre o que acontece neles”. Essa é a forma mais conhecida de exclusão. Ela ocorre em quase todos os ambientes e fóruns de deliberação, inclusive, é claro, no processo constituinte. Mas há outra forma menos conhecida e falada, todavia mais perigosa, por ser sutil e permitir um resultado farsesco com inclusão externa. É que a exclusão muitas vezes ocorre mesmo quando indivíduos e grupos estão incluídos no processo de discussão. Essa exclusão interna se dá quando, a despeito de uma ampla participação popular, portanto, de inclusão externa, as contribuições públicas não são consideradas, processadas e levadas a sério. A preocupação com essa inclusão interna é comumente negligenciada em processos deliberativos como o constituinte.¹⁰²

Canotilho relaciona a realização do princípio de Estado de direito com a efetivação do princípio democrático, de forma que a democracia para se concretizar tem que ser vivida:

É, com efeito, o princípio democrático que, entre nós, dá uma especial ênfase ao *processo de democratização da administração* de modo a evitar, precisamente, os <<custos democráticos>> *gestão participada da administração* [...], *descentralização e desconcentração da administração* [...], *exigência de uma definição legal do procedimento da actividade administrativa* [...], *participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações* que lhe dizem respeito [...]. Só assim se conseguirá solidificar um Estado de direito não reduzindo a um sistema de protecção perante violações jurídicas, e alicerçar um Estado de direito democrático em que o *due process of law* constitua uma prevenção eficaz contra a lesão de direitos e interesses dos cidadãos.¹⁰³

¹⁰² FREIRE, Alonso. Trinta anos depois: uma análise do processo constituinte e do desempenho da Constituição Federal de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 124.

¹⁰³ É, com efeito, o princípio democrático que, entre nós, dá uma especial ênfase ao processo de democratização da administração de modo a evitar, precisamente, os <<custos democráticos>> *gestão participada da administração* [...], *descentralização e desconcentração da administração* [...], *exigência de uma definição legal do procedimento da actividade administrativa* [...], *participação dos cidadãos na formação das decisões ou deliberações* que lhe dizem respeito [...]. Só assim se conseguirá solidificar um Estado de direito não reduzindo a um sistema de protecção perante violações jurídicas, e alicerçar um Estado de direito democrático em que o *due process of law* constitua uma prevenção eficaz contra a lesão de direitos e interesses dos cidadãos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 389-390.

Portanto, para Canotilho “O princípio democrático não se compadece com uma compreensão estática da democracia. Antes de mais, é um *processo de continuidade transpessoal*, irreduzível a qualquer vinculação do processo político a determinadas pessoas”¹⁰⁴. Este princípio democrático não elimina a existência das estruturas de domínio, mas estabelece a forma como se organizará este domínio, deixando sempre aberta para a sociedade poder participar ativamente para desenvolver integralmente a democracia com o objetivo de se ter uma sociedade livre, justa e solidária, para promover o bem estar geral e a igualdade real entre o povo, assim: “[...] o poder político é constituído, legitimado e controlado por cidadãos (povo), igualmente legitimados para participarem no processo de organização da forma de Estado e governo”¹⁰⁵ inclusive para a realização e efetivação de direitos sociais mediante a transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais¹⁰⁶. Portanto o caráter democrático da gestão da seguridade social pode ser considerado parte de um processo de *democratização da democracia*¹⁰⁷.

De outro ponto de vista, há também a integração entre as áreas da Seguridade Social.

É diferente pensar em planos de ação específicos para a saúde, assistência social e previdência social separadamente e pensar para serem feitos de forma complementar. Também é ingênuo achar que as três poderiam ser criadas separadamente e implementadas separadamente uma vez que o orçamento delas é comum: a aplicação de recursos em uma área impõe a redução em outra. Além disso, em teoria a própria sistemática de proteção do risco social seria precisa ser pensado de forma integrada¹⁰⁸ por uma instituição sistematizada,

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 416.

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 418.

¹⁰⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 416-418.

¹⁰⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 417.

¹⁰⁸ “However, social protection goes much deeper than this. It tackles head-on a central aspect of poverty, arguing that the state in particular has a duty to seek to reduce vulnerability by guaranteeing the basic rights set out in the Universal Declaration of Human Rights. Such rights constitute a fundamental part of citizenship. Approached in this way, social protection spills over into issues of social services and social equity raised elsewhere in this book – providing decent education, health care, water and sanitation; redistributing land to vulnerable farmers; helping them adapt to climate change; guaranteeing property rights for women or for squatters in the cities; combating gender-based violence; or guaranteeing labour rights for workers in formal and informal economies alike.

Instead of treating poor people as ‘beneficiaries’, such a conception of social protection focuses on the rights and voices of poor people themselves, building an enduring constituency and demand for state action, and so promoting the combination of active citizens and effective states that is crucial to development.”. GREEN, Duncan. **From poverty to power: how active citizens and effective states can change the world**. Oxford: Oxfam International, 2008, p. 208.

completa, unitária e eficaz¹⁰⁹, para que de fato haja uma política pública envolvida e não apenas medidas paliativas, ações desconexas e fragmentadas¹¹⁰ que acabam por enfraquecer a sistematização da proteção social.

Como exemplo simbólicos: poder-se-ia analisar quais doenças mais causam aposentadoria por invalidez, criar políticas de saúde preventivas para elas; apesar dos gastos com assistência social serem os mais baixos do três, verificar maneiras mais eficazes de inclusão dos hipossuficientes de acordo com a lei é interessante, pois isto significaria a possibilidade de tornar mais pessoas aptas para contribuir para a previdência geral; etc.. Esta característica é repetida e explicitada no § 2º do Art. 195 da Constituição Federal:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]

§ 2º A proposta de orçamento da seguridade social será elaborada de forma integrada pelos órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social, tendo em vista as metas e prioridades estabelecidas na lei de diretrizes orçamentárias, assegurada a cada área a gestão de seus recursos.

Em continuação ao raciocínio anterior e para facilitar o entendimento: imagina-se que a constituição fez uma “eterna constituinte” para refletir as questões da Seguridade Social. Existem representantes que vão defender questões da previdência, outros da saúde, outros da assistência social, assim como das possibilidades do governo e dos interesses econômicos. Para expor melhor essa visão, faz-se necessária a existência da representação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nesses órgãos colegiados, pois cada um traz perspectivas únicas, são observadores com vivências únicas do subsistema social ao qual pertencem. Zuba apresenta exatamente esta relação:

Tal princípio [do caráter democrático e descentralizado da gestão do sistema] inspira-se no art. 1º da Lei Maior, que estabelece um Estado Democrático de Direito, e se coaduna com o art. 10, que assegura a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objetos de discussão e deliberação.

No plano da Seguridade Social, a democratização das estruturas de gestão deverá se expressar na composição dos organismos dirigentes da seguridade

¹⁰⁹ RUPRECHT, Alfredo J. **Direito da seguridade social**. São Paulo: LTr, 1996. P, 119.

¹¹⁰ CARBONE, Célia Opice. **Seguridade social no Brasil: ficção ou realidade?**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 142-143.

social, que devem contar com representantes eleitos pela comunidade de beneficiários e de contribuintes do plano de proteção.¹¹¹

Então quando a comunidade se comunica com o governo, eles podem demonstrar os seus reais anseios e necessidades em uma arena que deve ser composta com equidade para todos os membros¹¹². Esta discussão permaneceu mesmo após a promulgação da CF/88 no Congresso Nacional. De longa data é o desvio de recursos do Orçamento da Seguridade Social (em que pese ainda não tido como legal e constitucional), se questionava se o Poder Executivo se dava ao trabalho de ouvir o CNSS ou se era um conselho inócuo ao mesmo tempo que se destacava a necessidade de haver uma reforma estrutural profunda para realmente tornar efetivo o CNSS, pois o mau gerenciamento sujeitava os recursos da seguridade social à corrupção, na época desta discussão o deputado Sr. Reinhold Stephanes informou que até aquele momento já haviam sido instauradas 19 CPI's para apurar fraudes na previdência. Enfim a conclusão foi que havia a necessidade de haver uma discussão sistematizada, embasada para não se sobressair os “achismos”. Como exemplo desta discussão, disse o Sr. deputado Osmânio Pereira em discussão na Câmara dos Deputados:

O que se pode ver é que a causa de toda essa novela que se arrasta desde setembro do ano passado e que vitimiza os aposentados e pensionistas brasileiros tem sua origem no mau gerenciamento da Previdência. Esse órgão necessita, urgentemente [sic], de uma reforma estrutural profunda, que coloque em funcionamento efetivo os Conselhos de Seguridade Social nos âmbitos nacional, estaduais e municipais, como já prevê o novo Plano de Custeio e Benefícios aprovado por esta Casa. Nobres colegas, a Previdência tem de ir para as mãos dos trabalhadores e empresários, em conjunto com o Governo. A administração pública do órgão é o caminho que defendemos para que a sociedade não tenha mais que conviver com situações como esta que atravessamos.

O mau gerenciamento abre espaço à corrupção. Basta ver escândalos recentemente descobertos no INSS. Além disso, é interessante destacar que o Governo deve mais de 12 bilhões de dólares à Previdência. Só esse valor seria suficiente para pagar os aposentados. Outras empresas devem uma cifra aproximada. Essa dívida, que, na verdade, é uma dívida para com o povo brasileiro, teria de ser cobrada a partir da reformulação gerencial do INSS.

[...] A solução para a Previdência é uma só: com a falência da administração estatal, ela deve ser entregue à administração pública através de um modelo que envolva a sociedade civil sem necessidade de privatização. O que não podemos permitir é que a Constituição continue sendo desrespeitada e que o

¹¹¹ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 80.

¹¹² HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. Barueri, SP: Manoele, 2011, p. 24.

Governo busque transferir os custos de sua incompetência ao já tão sacrificado povo brasileiro.¹¹³

Enfim, foi nesta sessão legislativa que foi criada uma Comissão Especial cujos trabalhos resultaram no “Relatório Final da Comissão Especial para Estudo do Sistema Previdenciário”:

Neste sentido, reproduzimos as primeiras indagações constantes do texto: “Queremos continuar com o conceito adotado pela constituição de Seguridade Social?”. “É possível conciliar o caráter universal das ações de assistência e saúde, também financiadas largamente por contribuições sociais baseadas nas folhas de salários, com o caráter contributivo da previdência social?”. “Se vamos manter o conceito de Seguridade Social, como fazemos para evitar que recursos a ela destinados sejam desviados?”. “O que é exatamente Seguridade Social?”¹¹⁴

Estas e outras questões são extremamente complexas e a forma como a sociedade de fato quer que seja configurada a seguridade social e os órgãos administrativos a ela correlatos ainda não foi de fato enfrentado em uma discussão profunda. Aos poucos o que havia sido na Constituinte está sendo fragmentado sem maiores discussões o que tem minado a proteção do risco social ao longo dos anos.

1.2.2 *Aspecto institucional do CNSS*

É relevante pensar o arranjo institucional¹¹⁵, pois a institucionalização¹¹⁶ pode ser uma síntese entre a mudança necessária para se adequar a riscos determinados por situações internas e externas – tais como: conjuntura econômica, atores internacionais, etc. – e a

¹¹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário do congresso nacional**. Seção I, ano XLVII – n. 09, sexta feira, 24 de janeiro de 1992, Brasília/DF. Ata da 9a Sessão, da 3a Sessão Legislativa Extraordinária, da 4ª Legislatura, em 23 de janeiro de 1992.

¹¹⁴ CARBONE, Célia Opice. **Seguridade social no Brasil: ficção ou realidade?**. São Paulo: Atlas, 1994, p. 143.

¹¹⁵ “É utilizada em substituição à expressão vaga ‘outcomes dos processos políticos’”. Esta externalização pode ser feita pelas espécies: modelo institucional; modelo qualificativo institucional; modelos de convergência; modelagem ou desenho institucional. Para compreender estes conceitos, ler BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 177-184.

¹¹⁶ “A institucionalização é a objetivação e a organização, por meio da ordenação jurídica. É o que mantém a agregação, a força que impede a dispersão dos elementos e permite a caracterização desses como componentes de um arranjo funcional, a despeito de suas naturezas distintas. O adjetivo *institucional* refere-se ao conjunto de estruturas jurídicas, políticas e sociais que o tornam um objeto definido, distinto do ambiente que o cerca, a partir de uma certa ordenação e unidade funcional sedimentada, que produz a reiteração de determinados comportamentos”. BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 178.

permanência necessária para manter um padrão mínimo, consistência entre ações tomadas pelo Estado no dia anterior e hoje¹¹⁷.

Na teoria de Santi Romano¹¹⁸ o ordenamento jurídico é um sinônimo de organização que traz organicidade ao sistema. Dentro deste ordenamento o direito é "[...] feito de normas retiradas da consciência daqueles que devem observá-las, sendo elas dotadas de uma existência própria e autônoma". Apesar dela nascer da consciência de uma sociedade, depois ela se torna autônoma, pois, apesar desta vontade comum inicial, pode ocorrer da sociedade ter divergências, mas esta consciência se presta ao papel de mediação destas diferenças de forma que o jurista nomeia como "[...] a encarnação do *eu* social, do *socius* típico, abstrato, objetivo, é o direito que expressa [...]" esta objetividade permite criar o espaço necessário para a subjetividade do dissenso, ou seja, um espaço público para permitir um pluralismo político, agrega-se:

Do ponto de vista lógico isso implica no seguinte princípio: direito não é ou não é somente a norma posta, mas sim a entidade que a põe. O processo de objetivação que dá lugar ao fenômeno jurídico não se inicia com a emanção de uma regra, mas no momento anterior. As normas são somente a manifestação de tal fenômeno, uma das suas várias manifestações, um meio através do qual se afirma o poder daquele eu social que há poucos falamos. Não existe nenhuma razão para considerar que eu social seja um termo *a quo* do direito. Este é o próprio direito, sendo a norma 16 somente a sua voz ou, melhor, uma das vozes, um dos modos com que este atua e alcança o seu fim. A sua existência e a sua estrutura, que marcam ao máximo grau a objetividade que se afirma como própria e característica do direito, devem ser entendidos na linha que circunscreve a fronteira de um ordenamento jurídico. [...]

No final das contas, sempre se torna ao mesmo ponto de partida. A chamada "objetividade" do ordenamento jurídico não pode ser reduzida e limitada às normas jurídicas. Refere-se e se reflete também sobre essas, mas parte sempre de um momento lógico e materialmente anterior às normas e, algumas vezes, ou melhor, freqüentemente [sic], alcança momentos que não podem ser identificados e confundidos com aqueles que caracterizam as normas. O que equivale a dizer que as normas são ou podem ser uma parte do ordenamento jurídico, mas estão bem longe de esgotá-lo.¹¹⁹

¹¹⁷ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 154.

¹¹⁸ Felipe F. Ramos disserta sobre a inserção história de Santi Romano com outros autores, contextualizando-o, para isto, buscar: RAMOS, Felipe Farias. **O Institucionalismo de Santi Romano**: por um diálogo entre posições críticas à modernidade jurídica. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina Florianópolis, 2011, p. 194.

¹¹⁹ ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 71-72, 74.

Entretanto, Santi Romano não crê que o termo "ordenamento jurídico" seja o mais adequado¹²⁰, pois remete às normas e na concepção do jurista italiano o ordenamento jurídico é mais do que isto. Portanto ele atribui outro conceito, ele diz que ordenamentos jurídicos são *instituições*¹²¹ definidas como "todo ente ou corpo social", com as seguintes características¹²²: a) existência objetiva e concreta, devendo sua individualidade ainda que imaterial, ser exterior e visível; b) manifestação da natureza social e não puramente individual; c) "fechamento", individualização própria; d) firmeza e permanência cuja identidade não se perde com a mudança de seus elementos como de indivíduos, patrimônio, interesses dos destinatários etc¹²³.

A instituição possui existência objetiva e concreta e, com isso, Romano não quer dizer que a instituição é um ente necessariamente material, mas que possui características que a delineiam de forma específica e que sua ideia, ainda que imaterial, é visível e capaz de ser exteriorizada.

Por fim, para o italiano¹²⁴, a instituição possui também uma natureza social, pois, despersonalizada do poder, exprime uma consciência social objetiva que transcende o indivíduo para unificar interesses individuais representando a expressão de objetividade do direito. As instituições ordenariam as relações jurídicas de forma impessoal, distinguindo-se de quem as criou, mas reproduzindo no tempo esses processos de organização das relações jurídicas. Disso se conclui que estas permanecem e se firmam para além das pessoas que as instituíram¹²⁵.

¹²⁰ ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 76.

¹²¹ Santi Romano apresenta um conceito mais abrangente, como gênero, e depois especifica outras formas de instituição que fazem parte do conceito *latu sensu*. ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 86-87.

¹²² ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 83-87.

¹²³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 158.

¹²⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 159.

¹²⁵ "A instituição é uma unidade fechada e permanente que não perde sua identidade devido a alterações dos indivíduos que são seus elementos, das pessoas que dela fazem parte, do seu patrimônio, dos seus meios, dos seus interesses, dos seus destinatários, das suas normas, e assim por diante. Ela pode renovar-se conservando de modo imodificado sua própria individualidade. Disso advém a possibilidade de considerá-la como um corpo isolado sem identificá-la com o que pode vir a ser necessário para lhe dar vida, mas que, dando-lhe vida, se amálgama nela. [...] a instituição é um ordenamento jurídico, uma esfera em si mesma, mais ou menos completa, de direito objetivo. [...] o direito não consagra somente o princípio da co-existência dos indivíduos, mas se propõe sobretudo a vencer a fraqueza e a limitação das suas forças, a ultrapassar a sua breve existência, a perpetuar certos desígnios além da sua vida natural, criando entes sociais mais poderosos e mais duradouros do que os indivíduos. Estes entes realizam a síntese unificante em que o indivíduo permanece fechado, regulando não só sua atividade, mas também sua condição, algumas vezes superior,

Enquanto na relação jurídica ou não jurídica há pluralidade de ideias baseadas na posição subjetiva, nas instituições há o carácter de firmeza e permanência, em que se utilizam de aspectos formais que despersonalizam o poder ao se traduzir em “consciência social objetiva”¹²⁶. Elas transcendem o indivíduo e na instituição tem a unificação de interesses individuais. Em que pese a instituição seja criada por pessoas, deve se distinguir e se diferenciar destas para que consiga objetivar aspectos formais distintos e possa ter continuidade, independentemente de quem esteja no poder¹²⁷.

Para Hauriou um outro elemento é o que chama de *manifestação de comunhão*¹²⁸, ou seja, é a capacidade da instituição de transferir para cada geração da sociedade a ideia-diretriz¹²⁹ objetiva de forma que “[...] a idéia [sic] se refrata em conceitos similares em milhares de consciências^{130”131}.

Bucci, correlacionando Romano e Hauriou, propõe: “[...] um novo tratamento para a construção do direito estatal, com forte peso do processo social que lhe dá origem, no sentido do institucionalismo romaniano, ‘o direito são as normas e o que põe as normas’”¹³². Dessa maneira, buscando efeitos duradouros e de interesse público, propõe-se que as instituições se traduzam como categorias jurídicas bem estabelecidas e conscientemente conectadas com

outras inferior a [sic] das demais”. ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 87, 89.

¹²⁶ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 159.

¹²⁷ ROMANO, 1962 apud BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 160.

¹²⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169-170.

¹²⁹ “Contudo, na locução *ideia-diretriz*, o segundo componente, sinônimo de *plano de ação* e *organização em vista da ação*, é tão marcante quanto a componente ideológica; ‘Na ideia-diretriz existe um elemento de *plano de ação* e de *organização em vista da ação*, que supera singularmente a noção de *fim*’. A noção de *fim* vincula-se ao *resultado*, enquanto a organização e o plano de ação referem-se aos *meios* que devem se empregados para alcançar os resultados”. HAURIU, 1968 apud BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 222-223.

¹³⁰ “Hauriou questiona a noção de consciência coletiva, conforme sustentada por Durkheim, com base na formação de uma ‘opinião intermediária’ no campo social. Entende ele que, ‘ao contrário, a refração de uma mesma idéia-diretriz [sic] em uma pluralidade de consciências individuais reserva o papel dirigente das mais altas consciências às consequências que devem obter-se pela ação.’ O papel das elites não se confundiria com a evolução do meio. Nesse sentido a posição de Hauriou é próxima daquela formulada posteriormente por Gramsci, que distingue a filosofia do senso comum e atribui ao intelectual orgânico, por meio da filosofia da práxis, a responsabilidade de ‘elaborar uma filosofia que – tendo já uma difusão ou possibilidade de difusão, pois ligada à vida prática e implícita nela – se torne um senso comum renovado pela coerência e pelo vigor das filosofias individuais.’ Essa passagem está relacionada com a idéia [sic] gramsciana de inspirar a massa a uma ‘concepção de vida superior’”. GRAMSCI, 1989 apud BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 170.

¹³¹ HAURIU, 1968 apud BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169.

¹³² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234-235.

outros sistemas, como a economia e as demais ciências sociais, de forma que os programas de ação governamental sejam “formados e validados, com base na combinação de práticas sociais virtuosas com categorias jurídicas cultivadas na democracia”¹³³. A autora define:

Instituições são mecanismos pelos quais as decisões individuais são agregadas e combinadas em decisões coletivas. Esses mecanismos de agregação são procedimentos e regras que, na verdade, não somam, mas remodelam os interesses. Dessa forma, criam um viés decisório¹³⁴

É neste sentido que uma instituição equivalente ao extinto CNSS deve ser concebida, para que não se sujeite às mudanças de troca de governo, mas mantenha incólume o carácter democrático do eu-social de um Estado Democrático de Direito por meio de uma manifestação de comunhão que mantém a participação social da gestão quadripartite e a possibilidade de dissenso.

¹³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234-235.

¹³⁴ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Quadro de referência de uma política pública**: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. *Direito do Estado*, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-paula-dallari-bucci/quadro-de-referencia-de-uma-politica-publica-primeiras-linhas-de-uma-visao-juridico-institucional>. Acesso em: 03 jun. 2020.

2 NOÇÕES DE RISCO NA SOCIOLOGIA MODERNA

As instituições existem para sistematizar e tornar mais fluida as diversos ordens e processos ao longo da estrutura organizacional do Estado. Quanto mais organizado o Estado, melhor será a reprodução dos processos ao longo da cadeia estatal e mais previsíveis os resultados esperados. Essa previsibilidade das instituições não as blindam contra diversos riscos, contudo, instituições democráticas fortes¹³⁵ podem adequar seus processos com mais eficiência e flexibilidade frente à necessidade de mudanças, assim como repercutir ações mais coerentes por toda a extensão do Estado. Por conseguinte, é interessante entender as instituições sob o aspecto do risco. Serão utilizadas as teorias de Niklas Luhmann focada no risco e na teoria do risco de Ulrich Beck. Estas reflexões podem ajudar a ver a necessidade de deixar instituições democráticas mais fortes para proteger o Estado Democrático de Direito¹³⁶.

2.2 O Risco e as instituições conforme Ulrich Beck

Foi o sociólogo Ulrich Beck quem cunhou a expressão “sociedade de risco”. Para começar a incursão em seu raciocínio, o autor nos mostra como a produção social da riqueza é

¹³⁵ Sabe-se historicamente que se por um lado as instituições tiveram mais força do que nunca em Estados Autoritaristas, por outro, quando se fala aqui sobre instituições *democráticas fortes*, referimo-nos às instituições que têm a força para instituir políticas públicas eficazes almejando os fins do Estado Democrático de Direito, complementando com o que diz Bercovici: “Para a superação do subdesenvolvimento é necessário um Estado nacional forte e democrático, com o objetivo de incluir a população na cidadania política e social”. BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**. Belo Horizonte, v. 1, n. 4, jan./dez. 2006, p. 13.

¹³⁶ Este conceito de Estado Democrático e de Direito será contextualizado com Marcelo Neves que se baseia em ideias luhmannianas e habermasianas. Entretanto, sem prejuízo deste outro conceito, por hora se apresenta os ensinamentos de José Afonso da Silva: o Estado Democrático de Direito é aquele em que os valores da democracia se irradiam por todo os elementos constitutivos do Estado, assim como em seu ordenamento jurídico. É um Estado que se submete ao império das leis: “[...] mas da lei que realize o princípio da igualdade e da justiça não pela sua generalidade, mas pela busca da igualização das condições dos socialmente desiguais. Deve-se, pois, destacar a relevância da lei no Estado democrático de Direito, não apenas quanto ao seu conceito formal de ato jurídico abstrato, geral, obrigatório e modificativo da ordem jurídica existente, mas também quanto à sua função de regulamentação fundamental, produzida segundo um procedimento constitucional qualificado. A lei é efetivamente o ato oficial de maior realce na vida política. Ato de decisão política por excelência, é por meio dela, enquanto emanada da atuação da vontade popular, que o poder estatal propicia ao viver social modos predeterminados de conduta, de maneira que os membros da sociedade saibam, de antemão, como guiar-se na realização de seus interesses.”. Este Estado tem por princípios o princípio da constitucionalidade; o princípio democrático; segue o princípio da justiça social; o princípio da igualdade; o princípio da divisão de poderes; o princípio da legalidade; o princípio da segurança jurídica; possui sistema de direitos individuais, coletivos, sociais e culturais. Por fim, “A tarefa fundamental do Estado democrático de Direito consiste em superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize a justiça social”. SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, jul. 1988. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v173.1988.45920>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920>. Acesso em: 03 jun. 2020.

acompanhada pela produção social dos riscos¹³⁷: quanto menos riquezas uma pessoa possui, mais tende a estar sujeita a riscos – seja por morar em lugares mais precários, seja por não possuir valor excedente que possa absorver aumentos nos mercados, ou outros riscos concretizados. Logo, *os riscos são distribuídos desigualmente ou são específicos de classe*. Em certo ponto, isso reforça a sociedade de classes¹³⁸.

Contudo, em outro ponto, os riscos servem de *efeito equalizador*¹³⁹ que consiste no fato de que certos riscos atingem indistintamente as pessoas, independentemente de suas classes sociais¹⁴⁰. Analogamente à dicotomia de classes, há a classe dos *afetados* pelos riscos em contraponto a classe dos *ainda-não-afetados*¹⁴¹ pelos riscos. Por exemplo, pode incidir o *efeito bumerangue*¹⁴², em que os mesmos que lucraram com atitudes tendentes a produzir riscos sentirão as consequências de suas ações.

Por diversas vezes, *os riscos são incalculáveis, com potencial de alcance universal, invisíveis e irreversíveis*¹⁴³. Podem, inclusive, gerar impacto econômico a longo prazo para seus produtores ao ameaçar seus próprios *centros causais de produção*¹⁴⁴, isto é, os centros de produção que ao mesmo tempo em que geram riqueza, produzem riscos. Tendo, estas características em consideração, Ulrich Beck distingue o termo *risco*, do termo *catástrofe*, *ameaça* e *incertezas fabricadas*¹⁴⁵, essencialmente, risco é a antecipação possível de uma catástrofe no presente, imaginar qual será o futuro no presente. Os riscos pressupõem que haja a decisão humana, de outra forma seriam ameaças sobre perigos que não podemos prever. O

¹³⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

¹³⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 41.

¹³⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 43.

¹⁴⁰ "Há um grave mal-entendido. Não nego, evidentemente, a importância cada vez maior do poder, da dominação e das crescentes desigualdades sociais numa sociedade mundial de risco. Pelo contrário, meu olhar está realmente voltado para o modo pelo qual a desigualdade social equivale a uma desigualdade de exposição ao risco [...] Contudo, para mim o ponto crucial é que 'classe' é um conceito demasiadamente 'fraco' e 'antiquado' para dar conta da nova radicalidade e complexidade das desigualdades sociais numa sociedade mundial de risco". BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 365-366.

¹⁴¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 47.

¹⁴² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 27.

¹⁴³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 27.

¹⁴⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 45.

¹⁴⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 362-364.

risco é caracterizado pela deslocalização, incalculabilidade e não-compensabilidade, razão pela qual busca-se a precaução pela prevenção. Por fim, incertezas fabricadas são dependem de decisões humanas, são inerentes à sociedade, impostas coletivamente e que não podem ser evitadas individualmente.

Verifica-se que o processo de modernização passou a se tornar *reflexivo*¹⁴⁶: o mesmo avanço tecnológico que em muito contribuiu para a modernização, trouxe também novos riscos. Além disso, a industrialização agravou as diferenças sociais e foi neste período que surgiram os direitos de segunda geração.

Para Beck os riscos são *sistematicamente agravados* com o desenvolvimento¹⁴⁷. Isso é ainda mais grave em sociedades altamente desenvolvidas, marcadas por um *déficit do pensamento social*¹⁴⁸, ou seja, de pensamento solidário com mentalidade social, coletiva e difusa.

Não obstante, Beck explica que os riscos são abertos às *interpretações causais*¹⁴⁹, ou seja, são interpretados com base no conhecimento atual que se tem deles. Contudo, esse conhecimento pode mudar, o que não quer dizer que o risco mudou. Também são abertos aos *processos sociais de definição*, definidos como a alteração, aumento, diminuição e a dramatização dos riscos no âmbito do conhecimento existente. Em geral, toma-se uma ou outra decisão para evitar este risco. Isso implica que as pessoas, ao tomar a decisão de priorizar, ou evitar, um risco em detrimento de outro, podem ficar mais vulneráveis ao risco que menosprezaram. Afinal, só porque se elege um risco do qual se quer proteger, não significa que os outros desaparecem.

Por exemplo, Ana Elizabete Mota conclui em seus estudos¹⁵⁰ que entre a década de 80 e 90 havia uma cultura da crise que as ideologias neocapitalistas transferem a questão social para a crise econômica, para responsabilizar a todos na mesma medida independente da

¹⁴⁶ Ressaltamos que o conceito de “reflexivo” aqui é diferente do utilizado na teoria dos sistemas como será visto no próximo tópico. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 24.

¹⁴⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 26.

¹⁴⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 30.

¹⁴⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 27.

¹⁵⁰ FERNANDES, Ana Elizabete Simões da Mota. **Cultura da crise e seguridade social: um estudo sobre as tendências da previdência e da assistência social brasileira nos anos 80 e 90**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 219-221.

classe social ou situação social que vivenciam. Nas palavras da autora¹⁵¹: “Transfere-se, assim, o tema da constitucionalidade dos direitos e garantias sociais para o domínio da governabilidade, do orçamento fiscal, do alto custo das contribuições patronais e da falta de equidade na concessão de benefícios e aposentadorias”.

Se por um lado os riscos são subjetivos, já que estão sujeitos aos processos sociais de definição, é necessário ressaltar este ponto de vista axiológico¹⁵², pois se baseiam em interesses sociais ou privados, conforme o ator que os interpreta. Por outro lado, as *asserções de probabilidade são objetivas*, porém não a *definição dos riscos porque eles estão sujeitos a interpretações causais*. Isto quer dizer que se pode *achar ter certeza* de certa informação com base em dados científicos e premissas, contudo qualquer acidente real pode refutar uma definição distinta e provar que o que se sabia anteriormente não era totalmente preciso. Entretanto, o acidente não pode refutar o cálculo da probabilidade do evento ocorrer, caso tenha seguido o método científico¹⁵³.

Dessa forma, por mais técnico-científico que seja um estudo, a definição do risco em si não passará de conjectura, especulação, prognóstico que se sujeita a outras valorações subjetivas. Isto não é para fazer crer que seja totalmente irrelevante qualquer tentativa de se evitar os riscos, mas, na verdade, o primeiro passo ao se lidar e tentar preveni-los: é ter ciência da incerteza que se tem ao definir riscos. Ter isso em mente é a melhor forma de sempre nos lembrarmos que devemos ser o mais diligente o possível na definição de riscos e em sua prevenção, inclusive com asserções de cunho mais objetivo.

¹⁵¹ FERNANDES, Ana Elizabete Simões da Mota. **Cultura da crise e seguridade social**: um estudo sobre as tendências da previdência e da assistência social brasileira nos anos 80 e 90. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 221.

¹⁵² Ou seja, valorativo. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 35.

¹⁵³ Daniel Kahneman elenca dois autores para explicar que existe uma teoria subjetiva do risco e uma teoria objetiva do risco, respectivamente, Paul Slovic e Cass Sustein. Para Slovic os seres humanos inventaram o conceito de risco como forma de compreender e lidar com os perigos e incertezas da vida, porém, que não existia risco real, sendo a definição de risco apenas um exercício de poder. Já Sustein discorda totalmente de Slovic e defende que os especialistas podem determinar objetivamente os riscos por meio da ciência, da especialização e da deliberação cuidadosa. KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 179-181. Sabendo disso, observa-se deste trecho e da fala que, para Ulrich Beck, a definição de risco é essencialmente subjetiva, mas a probabilidade de incidência é essencialmente objetiva enquanto passível de ser aferida pelo método científico: “A pretensão de racionalidade das ciências de determinar *objetivamente* o teor de risco do risco refuta-se a si mesma permanentemente: ela baseia-se por um lado, num *castelo de cartas de conjecturas especulativas* e move-se unicamente no quadro de *asserções de probabilidade*, cujos prognósticos de segurança não podem, a bem da verdade, ser refutados sequer por acidentes *reais*. Por outro lado, é preciso ter assumido um ponto de vista *axiológico* para chegar a poder falar de riscos com alguma propriedade. Constatações de risco *baseiam-se* em *possibilidades* matemáticas e interesses sociais, mesmo e justamente quando se revestem de certeza técnica.”. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 35.

Apesar dessa necessidade de sermos diligentes, não se pode negar o *potencial político*¹⁵⁴, na medida em que políticas podem ser criadas sob o argumento de defender uma situação de risco ou outra. Ademais, podem possuir maior ou menor força conforme seja situação de prevenção ou de contingenciamento, dando maior conhecimento para a determinação de um risco ou de outro.

Em razão dessa situação, hodiernamente, há também a *superprodução de riscos*¹⁵⁵ – diversos atores sociais apontando riscos existentes ou até criando novas definições. Além disso, a era da internet faz com que estejamos sujeitos a essa superprodução de riscos o tempo todo. Isso é agravado pela criação de riscos falsos, como é o caso das *fake news*. Um exemplo é o caso das notícias falsas, que trazem uma série de motivos para as pessoas não se vacinarem¹⁵⁶, fazendo com que seja necessária política pública de contrainformação para evitar surtos¹⁵⁷ de doenças antes erradicadas.

Isso posto, a análise do risco tem um grande potencial político e varia conforme o autor que o interpreta. Esse que conferirá a efetiva existência dos riscos, chegando ao ponto da superprodução de riscos. Agora, como afirma Beck¹⁵⁸ é possível entender sua fala ao dizer que: “[...] o conteúdo teórico e o referencial axiológico dos riscos condicionam outros componentes: a *conflitiva pluralização e diversidade definitiva de riscos civilizacionais* observável”.

Logo, a definição de risco nem sempre passa por uma solidez científica, mas sim por aqueles que possuem melhor retórica, argumentação, pesquisa, acesso à mídia, etc. O que importa, neste ponto, é saber as prioridades de riscos dos representantes do País, pois é isso que se refletirá nas instituições públicas do Estado.

A prevenção e o manejo dos riscos em um Estado Democrático de Direito podem envolver uma reorganização e elevação da responsabilidade cívica das pessoas. Porém, não é preciso estar no campo da ilegalidade para ser caracterizado este déficit do pensamento social.

¹⁵⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 28.

¹⁵⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 36.

¹⁵⁶ LABOISSIÈRE, Paula. Doenças erradicadas voltam a assustar: veja os desafios da vacinação. **EBC**, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2018-07/doencas-erradicadas-voltam-assustar-veja-os-desafios-da-vacinacao>. Acesso em: 03 jun. 2018

¹⁵⁷ OMS alerta para o pior surto global de sarampo desde 2006. **Saúde**, 2019. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/oms-alerta-para-o-pior-surto-global-de-sarampo-desde-2006/>. Acesso em: 03 jun. 2020.

¹⁵⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 36.

Em tal *sociedade catastrófica*, “Nela o Estado de exceção converte-se em normalidade”¹⁵⁹. Aqui tal “estado de exceção” não está no mesmo contexto daquele dado pela Constituição Federal. O termo é usado como a política que deveria ocorrer de forma a contingenciar problemas por curtos períodos, mas é usada para legitimar uma atuação política excepcional a longo prazo.

Ou seja, nem sempre as prioridades dos representantes são clandestinas, como é o caso das práticas corruptas. Às vezes existem situações que deveriam ser excepcionais, contudo, são legais e institucionalizadas. Um exemplo nítido disso é a Desvinculação de Receitas da União (DRU), instituto que tem as origens e razões explicadas por Salvador:

Uma das estratégias do ajuste fiscal, no âmbito das medidas econômicas do Plano Real, foi a criação de mecanismos de desvinculação orçamentária com objetivos de realocação de recursos do fundo livremente pelos condutores das políticas econômicas. Assim, em 1993, ocorreu no Brasil a criação do chamado “Fundo Social de Emergência” (FSE), permitindo a desvinculação de 20% das receitas arrecadas pela União. De acordo com Soares (2001), a origem desse instrumento na América Latina segue as recomendações do Banco Mundial e do Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) *no contexto de ações meramente emergenciais, temporárias, de combate a pobreza e para financiar os projetos e programas, tanto público como não-governamentais destinados aos pobres “estruturais” e aos “novos pobres” afetados pelo ajuste econômico neoliberal*. Mas a experiência brasileira mostra que o FSE *não tinha nada de “social” e muito menos de “emergência”*, pois o fundo assumiu uma função estratégias de desviar recursos da área social para o interior do orçamento fiscal à disposição do Ministério da Fazenda com vistas ao equilíbrio das contas públicas, contribuindo para a “estabilidade econômica”. O FSE foi substituído por um nome mais apropriado, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995: Fundo de Estabilização Fiscal (FEF) e depois pela Desvinculação das Receitas da União (DRU), ainda em vigor. A DRU constitui um mecanismo importante de transferência de recursos em nome da seguridade social para o orçamento fiscal.¹⁶⁰

Logo, uma situação que era para ser uma política de emergência se tornou uma política de Estado ordinária. Por um momento a EC nº 93/2016, aumentou a DRU para desvincular 30% do OSS prorrogou-a até 2023, contudo, atualmente, ela foi extinta por meio da EC nº 103/2019. De toda forma, o que era para ser uma exceção se transformou em normalidade na política brasileira pela maior parte da vida democrática pós Constituição Federal de 1988. Salvador apresenta dados sobre como em média 62,45% do Superávit

¹⁵⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 28.

¹⁶⁰ SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil**: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007). 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 26-27.

Primário do Governo Federal¹⁶¹ era retirado da DRU, calculou também de 2000 a 2007 R\$ 278,4 bilhões, em valores atualizados pelo Índice Geral de Preços¹⁶².

Teria o cidadão comum condições de dizer se o melhor é haver esta DRU para “manter” a estabilidade econômica ou se seria melhor que esta porcentagem fosse utilizada no OSS? Aliás, saberia dizer o brasileiro médio como funciona o OSS e se eventual reforma tributária poderia alterar a forma de custeio da OSS para compensar a extinção DRU?

Essas questões retóricas são feitas apenas para mostrar a importância social e política do conhecimento¹⁶³, tanto em sua construção, quanto em sua disseminação, de forma que “a sociedade do risco é, nesse sentido, também a sociedade *da ciência, da mídia e da informação* – e de fato a questão tributária do financiamento do OSS está em voga na arena política. Escancaram-se novas oposições entre aqueles que *produzem* definições de risco e aqueles que *consomem*”. Criam-se verdadeiras *disputas definitórias* em torno da definição, extensão e urgência dos riscos.

Não há como fugir dessa disputa, uma vez que o núcleo do risco está em uma ideia futura. Como mencionado anteriormente, não é possível ter certeza da incidência dos eventos, pois os riscos são *ameaças projetadas para o futuro*. Sobre o assunto, pontua Beck:

Na discussão com o futuro, temos, portanto, de lidar com uma “variável projetada”, com uma “causa projetada” da atuação (pessoal e política) presente, cuja relevância e significado crescem em proporção direta à sua incalculabilidade e ao seu teor de ameaça, e que concebemos (temos de conceber) para definir e organizar nossa atuação presente.¹⁶⁴

Ora, se há riscos invisíveis, se alguns atores políticos é que definem o que é risco, em vista disso o cidadão comum nem sempre possui *soberania cognitiva*¹⁶⁵, ou seja, todas as informações necessárias para avaliar e decidir quais riscos deseja correr e de quais deseja se prevenir.

¹⁶¹ “O aumento das receitas da Seguridade Social viabilizou a produção de superávits primários porque, pela ação das desvinculações, o governo não estava obrigado a ampliar gastos em saúde, previdência e assistência social”. MARTINS, Floriano José; VAZ, Flávio Tonelli. Práticas orçamentárias a esvaziar a seguridade social. In: CARVALHO FILHO, Celecino de (Coord.). **20 anos da Seguridade Social na Constituição: Sonho ou Realidade?**. Brasília: Fundação ANFIP, 2009, p. 79-96.

¹⁶² SALVADOR, Evilásio da Silva. Avanços e limites no controle social da Seguridade no Brasil. In: VAZ, Flavio Tonelli; MUSSE, Juliano Sander; SANTOS, Rodolfo Fonseca dos (Coords.). **20 anos da Constituição Cidadã: avaliação e desafios da Seguridade Social**. Brasília: ANFIP, 2008, p. 107-130.

¹⁶³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 56.

¹⁶⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 40.

¹⁶⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 64.

Os cidadãos comuns são dependentes da produção de conhecimento de outrem, e se sujeitam às regulações feitas por instituições como as instituições públicas. Esta dependência do conhecimento reforça uma padronização na vida pessoal. Por um lado, somos livres para vivermos como desejarmos. Por outro, certos aspectos de nossa vida tendem a ser padronizados porque nos falta conhecimento sobre diversos assuntos que acabam sendo definidos pelas instituições públicas, por isto diz-se que as pessoas não possuem soberania cognitiva.

Isso é um paradoxo considerando que na sociedade contemporânea há uma ideologia forte pela *individualização*¹⁶⁶ (por meio da liberdade etc.), pondera Beck:

[...] os *próprios processos que geram a individualização geram também a padronização*. Isto vale, sempre de maneiras distintas, para o mercado, o dinheiro, o direito, a mobilidade, a educação etc. As situações individuais assim produzidas são inteiramente *dependentes do mercado (de trabalho)*. [...] G. Simmel já mostrou claramente como o dinheiro ao mesmo tempo individualiza e padroniza. Isto vale não apenas para o consumo de massa dependente do dinheiro e para as ‘desonerações do mercado de trabalho’, mas também para a desvinculação e a revinculação através da educação, da juridicização, da cientificização etc.¹⁶⁷

O mercado de trabalho é, nesse caso, sistema consagrado em nossa sociedade (apesar de não ser o único), visto que a maioria das pessoas dependem dele para aferir renda e ter acesso a outros serviços. Neste contexto, uma das teses de Beck é que:

A simultaneidade de individualização, institucionalização e padronização ainda não é suficiente para dar conta das situações individuais produzidas. Elas demandam na verdade uma *abordagem nova*. Elas *invadem a isolada esfera privada e as distintas esferas públicas*. Já não são situações unicamente privadas, mas sim situações invariavelmente institucionais. Têm a contraditória dupla face de *situações individuais institucionalmente dependentes*. Aquilo que aparentemente se situa além das instituições revela-se no aquém da biografia individual. Essa abordagem das situações, que procura atravessar as fronteiras institucionais, resulta precisamente de sua dependência institucional (no mais amplo sentido): os indivíduos desonerados se tornam dependentes do mercado de trabalho e consequentemente da educação, do consumo, das regulações sociojurídicas, do planejamento viário, das ofertas de produtos de consumo, das oportunidades e tendências no aconselhamento e no acompanhamento

¹⁶⁶ "[...] Individualização não significa individualismo no sentido de uma ideologia triunfante. E também não significa individuação – o modo pelo qual uma pessoa se torna única. Não se trata de um thatcherismo, nem de um individualismo de mercado, nem de atomização. Ao contrário, individualização é o conceito estrutural, que tem relação com o Estado do Bem-Estar Social europeu; significa uma individualização institucionalizada. A maioria dos direitos e garantias do Estado do Bem-Estar Social, por exemplo os direitos civis, políticos e sociais, é concebida para o indivíduo, e não para coletividades como classe ou família". BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 370-371.

¹⁶⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 193.

médico, psicológico e pedagógico. Tudo isto aponta para a *estrutura institucionalmente dependente de controle* das situações individuais. A individualização se revela assim a forma *mais avançada* de socialização dependente do mercado, do direito, da educação etc.¹⁶⁸

Logo, não é só a questão da dependência do mercado de trabalho e sim de quanto mais instituições públicas (jurídicas e administrativas) regulam uma área – educação, previdência, saúde etc. – mais dependente as pessoas tornam-se delas, a ponto de estarem *diretamente encadeadas com as fases nas trajetórias das pessoas*, formando grandes *padrões biográficos*¹⁶⁹.

Isso não quer dizer que as vidas das pessoas são idênticas, apenas que certos padrões tendem a se repetir. Há diferenças a depender, por exemplo, da classe social. Novamente, a existência de padrões não significa homogeneidade para toda a sociedade, mas sim que tendem a se repetir na vida de diversos grupos. Um exemplo aplicado à previdência¹⁷⁰, é o da idade legal definida para aposentadoria, bem como o tempo de contribuição que podem influenciar para definir a média com que as pessoas entrarão e do mercado de trabalho. Essa escolha nem sempre é feita de forma consciente, pois os costumes adquiridos pela repetição das normas impostas farão parte de um consciente coletivo, em outras palavras, podem ser incorporados pela “normalidade” social.

Portanto, com o tempo, as pessoas vinculadas ao sistema previdenciário têm de mudar seu modo de vida até ter a idade mínima para se aposentar. Os planos mudam e essas histórias repetir-se-ão entre pessoas que terão de trabalhar até determinada idade. Mesmo que não planejem fazer isso, as normas a elas impostas farão com que permaneçam mais tempo no mercado de trabalho caso queiram receber o benefício integral da aposentadoria. Nesse caso, não importaria qual a realidade daquele momento, que pode, inclusive, estar em contradição com a “normalidade” estabelecida. O fato é que as pessoas terão de se adaptar, pois assim as instituições públicas dispuseram sobre novas categorias jurídicas definidoras da biografia padrão momentânea.

Como exemplo, cita-se a inadequação do congelamento da idade mínima para aposentadoria por tempo de contribuição em 55 anos de idade se a expectativa de vida do

¹⁶⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 193-194.

¹⁶⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 195.

¹⁷⁰ Considera que a espinha dorsal da produção de “padrões biográficos” é a relação de trabalho regular e que por isso o Sistema de Seguridade Social se articulou em volta do trabalho assalariado. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 197.

brasileiro é de aproximadamente 80 anos de idade. Da mesma forma, seria discrepante se a idade mínima fosse 70 anos de idade, enquanto há municípios com expectativa de vida de 65 anos. Por isso se criam regras de transição previdenciárias, para ajudar na adaptabilidade entre as duas realidades e pelas mesmas razões que, de tempos em tempos, é preciso ter reformas previdenciárias: não apenas porque o sistema pode estar deficitário¹⁷¹, mas porque a expectativa de vida das pessoas tem aumentado¹⁷².

Existem problemas, tanto em um extremo como em outro, da grande diferença entre a “normalidade” da categoria jurídica definida por instituições públicas e a “normalidade” da realidade social. Sobre isto, Beck afirma que:

Uma sociedade que se desenvolve a partir dos eixos de conduta da sociedade industrial – classes sociais, família nuclear, papéis sexuais e profissão definida – se vê assim confrontada a um sistema de instituições tutelares, administrativas e políticas [...] [que] atuam de forma normativa, pedagógica e disciplinante sobre a vida “desviante” dos padrões de normalidade estabelecidos administrativamente.¹⁷³

Portanto, no exemplo anterior, é o Estado que, por meio de suas instituições públicas, faz a coleta de dados para estimar a expectativa de vida nas diversas regiões do Brasil. A partir disso ou define-se uma política de previdência social ou então decide-se por fazer uma reforma previdenciária.

Ora, se muitas situações são definidas pelas instituições, logo a margem de liberdade real de escolha e de decisão – como na proteção dos riscos – diminui de forma considerável na esfera individual, visto que grande parte já foi padronizada ou depende de outrem.

Portanto, as pessoas são mais fragilizadas e sujeitas às circunstâncias, do momento que forem causadas, àquelas que definem padrões e produzem definições de risco. Isso fica claro diante dos conflitos de definição de risco na mudança na direção de governo, o que acaba por mudar radicalmente qual deve ser a política pública a ser seguida.

¹⁷¹ SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil**: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007). 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social), Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008, p. 205.

¹⁷² INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeto UNFPA/BRASIL (BRA/02/P02) – População e Desenvolvimento**: Sistematização das medidas e indicadores sociodemográficos oriundos da projeção da população por sexo e idade, por método demográfico, das Grandes Regiões e Unidades da Federação para o período 1991-2030. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/PDS_Sociodemographic_indicators.pdf. Acesso em: 03 jun. 2020.

¹⁷³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 198.

Beck não chega a negligenciar a “decisão”¹⁷⁴ que as pessoas podem tomar, porém essas escolhas acabam por se restringir a uma eletividade de alternativas dentre as escolhas possíveis já dadas pela “biografia padrão” e, nesse ponto, é o indivíduo quem é o protagonista e deve planejar o foco da ação, a opção que deseja eleger.

Entretanto, para isso, o indivíduo deve estar ciente do seu papel, de forma que o sociólogo, analisando o conceito de sistemas de Niklas Luhmann, enxerga tais padrões institucionais como um subsistema – dentre diversos – e o indivíduo autocentrado como o resultado dos diversos sistemas sociais a que é submetido, ou seja:

[...] situações individualizadas cujos nexos e fissuras, negligenciados no nível sistêmico, acabam gerando permanentemente, tanto nas biografias individuais quanto entre elas, pontos de fricção, empecilhos à harmonização e contradições. Sob tais condições, a condução da vida se converte na *superação biográfica de contradições sistêmicas* [...]. A Biografia é – com base na formulação de N. Luhmann – a soma das *racionalidades subsistêmicas*, e de modo algum o meio ambiente que as envolve.¹⁷⁵

Retomando o exemplo da idade mínima para aposentadoria a fim de explicar o enxerto acima. Individualmente, pode haver aqueles que viverão abaixo da expectativa de vida média projetada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) – seja por uma doença inesperada, morte violenta ou acidental. Porém, se isso ocorre com muitos indivíduos, em nível sistêmico, e continuar a ser negligenciado, pode gerar discrepâncias entre a “normalidade” social e a institucionalmente definida com os seus respectivos problemas. Então, para superar as contradições sistêmicas é necessário fazer reformas previdenciárias e regras de transições de tempos em tempos, afinal, a sociedade não permanece estática.

Ou seja, o mundo, por meio das diferentes instituições, irá expor as contradições e controvérsias sobre o indivíduo, que deve ter uma visão de mundo autocentrada para avaliar, criticar e tomar as melhores decisões possíveis. Já como indivíduo, não deixa de ser necessário possuir boa educação cidadã para ser apto a tomar boas decisões em sua esfera individual. Estas ações podem ajudar, contudo são ineficientes como um todo. Para Ulrich Beck sequer a política tem papel central para resolver a questão do risco, porém ele vê a solução na tecnologia e nas estruturas de uma nova sociedade pelo trabalho dos cientistas e executivos que terão papel central para resolver as “[...] charadas envolvendo efeitos colaterais. A configuração do futuro deslocada e codificada, tem lugar não no parlamento, não

¹⁷⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 33.

¹⁷⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 201.

nos partidos políticos, mas nos laboratórios de pesquisa e nas salas de reunião dos executivos."¹⁷⁶. Enquanto os políticos também não soberanamente capazes de decidir, tendo sempre que – se quiser – buscar o conhecimento científico para ter a mínima noção do que se trata ou delegar isto para a subpolítica tecnológica.

Beck levanta a possibilidade de que poderia chegar a tal distopia que os detentores da tecnologia e do conhecimento é quem funcionariam como uma autoridade e liderança para assumir o papel da política reduzindo-a "[...] a promover a face radiante de um processo que ela não conhece e cuja configuração ativa lhe escapa"¹⁷⁷. Seria uma alopoiese do sistema político que seria invadido por códigos da ciência e da economia subordinando o código da política a estes dois (e talvez outros)¹⁷⁸.

O produtor causal de riscos seria, primeiramente, estes produtores de tecnologia e agentes econômicos, a política do Estado entraria para legitimar a segurança deste desenvolvimento, mas isto só leva à *autoincapacitação* da política, pois ela não detém a soberania cognitiva para realmente referendar esta tecnologia, então, por vezes, pode errar e isto geraria uma desconfiança da população, além de resultados eleitorais negativos o que por sua vez levaria a política a aumentar a burocracia para resguardar o seu papel de *guardiã legitimatória*, apesar dela ser completamente impotente para tal¹⁷⁹.

Beck então sintetiza "Como *efeitos colaterais*, eles entram na esfera de responsabilidade da política e não da economia. Quer dizer: a economia não tem responsabilidade sobre algo que ela desencadeia, e a política é responsável por algo sobre o que ela não tem qualquer controle"¹⁸⁰, especialmente porque existe uma diferenciação entre as fronteiras institucionais da economia e da política, além de uma diferenciação interna – afinal não existe unanimidade sobre quais são as definições de risco para os interesses econômicos¹⁸¹.

¹⁷⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 327.

¹⁷⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 327.

¹⁷⁸ O conceito será aprofundado em tópico do Capítulo 3. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 146-147.

¹⁷⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 329-330.

¹⁸⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 331.

¹⁸¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 331.

Com apenas um ajuste para que o progresso seja ecologicamente sustentável, o futuro – para alguns – estaria no progresso com as novas forças criativas e tecnológicas – maior, mais rápido e mais numeroso – que resolvessem qualquer risco produzido pela industrialização¹⁸². Ou seja, em que pese a industrialização agrave sistematicamente os riscos, ela também levaria a novas soluções criativas que também seriam capazes de resolvê-lo – quase como se fosse uma "mão invisível" que equilibrasse os riscos gerados pela industrialização e as soluções por novos meios tecnológicos¹⁸³. Todavia, o sociólogo alerta que tal raciocínio parte de uma falsa premissa: a de que as inovações são constantes, entretanto, modernizar a sociedade tradicional pré-século XVIII não é a mesma coisa de modernizar uma sociedade já industrial – este é o "erro principal" –, assumir que o mesmo que ocorreu antes é o mesmo que ocorrerá no futuro, isto pode gerar uma subestimação dos riscos e superestimação das oportunidades¹⁸⁴.

Por outro lado, não é possível superar o risco por meio de sua negação, em vez disso o sociólogo afirma que este círculo vicioso de autoincapacitação pode ser quebrado, "A chave encontra-se na própria responsabilidade pelos efeitos colaterais. Girando na direção inversa, a atuação política expande sua influência paralelamente com *a descoberta e percepção* de potenciais riscos"¹⁸⁵. Em outras palavras: se os riscos gerados pelo progresso são novos, então eles não possuem qualquer regulamentação – é um nicho com vácuo de poder – então o Estado pode expandir a sua atuação para estas novas áreas. Ainda que ele não entenda tudo, ele só deve mostrar que está presente e atuando nas novas áreas em vez de deixar que outros tipos de poder fora do Estado tomem conta desta área criando *zonas de condicionamento sistêmico ilegítimo*, pois por ser um novo risco, a tendência é atrair a atenção de todos, tanto em poderes paralelos como em pessoas que buscam uma proteção em relação a ele. Portanto, é uma oportunidade de fortalecer o *controle democrático-popular*¹⁸⁶.

Caso contrário, se o Estado não atuar na política de seguridade social de fato, abrirá espaço para setores econômicos monopolizarem com previdências privadas e planos de

¹⁸² BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 328.

¹⁸³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 328-329.

¹⁸⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 330.

¹⁸⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 331.

¹⁸⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 331-332.

saúdes, não que estes não devam existir, apenas que a política de seguridade social nos termos da Constituição Federal de 1988 não deveria se basear majoritariamente nestes.

A negação dos riscos e a ausência do Estado Democrático em sua proteção faria com que as pessoas perdessem a fé na própria democracia e buscassem alternativas mais autoritárias¹⁸⁷. O conselho tem tudo relacionado a democracia uma vez que o debate democrático é primordial para estruturar as bases da democracia. Ignorar este tipo de debate, começar a decidir o que é melhor e fingir que certos riscos não existem podem fazer com as pessoas busquem outro tipo de proteção, além desta mais autoritária citada por Ulrich Beck, dentre alternativas do ponto de vista de pluralismo político¹⁸⁸.

Para que o Estado não seja ausente e como a ciência não lida com as consequências de seus avanços, Beck levanta a possibilidade de que haja uma democratização do conhecimento destes cientistas e agente econômicos, de forma que o Estado poderia exercer um controle parlamentar sobre os avanços das empresas, criar "parlamentos de modernização" integrado por especialistas "até a integração de grupos de cidadãos no planejamento tecnológico e nos processos decisórios da política de pesquisa¹⁸⁹", mas logo descarta por ser este um raciocínio da sociedade industrial, pois este tipo de prestação de contas "pressupõe centralização, burocratização etc., partindo de condições que foram historicamente em parte superadas e em parte desacreditadas¹⁹⁰", seria o inverso da distopia apresentada: o Sistema da Ciência e o Sistema da Economia deveriam se sujeitar ao Sistema da Política – mas como dissemos, isto não é distopia, mas burocratização excessiva.

Este raciocínio da sociedade industrial parte do pressuposto de que: não convergir a solução dos problemas para a política seria um fracasso da própria política. Todavia, pela lógica da industrialização, isto é um tanto contraditório, pois é uma lógica que busca a especialização e a singularização de cada processo por meio da descentralização das tarefas.

Mas é contraditório porque, ao mesmo tempo, também busca *recentralizar* estas unidades parciais em um sistema central de poder, não permitindo a delegação para outros setores. Isto é contraproducente, pois, embora as tarefas sejam celeremente cumpridas,

¹⁸⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 332.

¹⁸⁸ LEMOS FILHO, Arnaldo et al. (Orgs.). **Sociologia geral e do direito**. 5 ed. Campinas, SP: Editora Alínea, 2012, p. 152-153.

¹⁸⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 333.

¹⁹⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 333.

acabam por encontrar um obstáculo quando chegam ao momento da tomada de decisão (centro de poder político) – o que é um gargalo que atrasa toda a cadeia de ações.

Neste raciocínio "Também é oportunamente *ignorado* o fato elementar de *que a sociedade moderna não possui qualquer centro de comando*"¹⁹¹. O sociólogo sustenta que na sociedade foram criados diversos monopólios¹⁹². Todavia a *continuidade* da modernidade põe em xeque estes monopólios e faz com que emergjam muitos riscos deste embate. Neste sentido havia um *monopólio da política na política*, entretanto "[...] A política não é mais a única e nem mesmo a mais importante instância em que se decide sobre a configuração do futuro social¹⁹³". O sociólogo articula que as tentativas de centralização da política são inversamente proporcionais ao grau de democratização de um país e que este "[...] sinal de combatividade dos cidadãos, no sentido de uma participação e de oposição ativa" não é um fracasso da política.

Por outro lado, as áreas que são capazes de fazer política paralelamente (a *subpolítica* – como a economia e a ciência) não podem mais se eximir de sua responsabilidade e fingir que suas ações não têm impacto, mas como exigir prestação de contas desta subpolítica sem interferir demais nestas áreas? Ulrich Beck responde que existem dois pilares baseados "[...] *por meio de uma ampliação e da garantia jurídica de possibilidades específicas de controle da subpolítica* [...]". Um deles é um judiciário forte e independente; o outro é uma esfera pública pluralista participativa ou *esferas públicas interdisciplinares*¹⁹⁴ – a serem criadas institucionalmente – fortes e independentes. E os conselhos podem ser uma forma do Estado, da política, poder mediar este diálogo entre os diferentes sistemas.

Isto serve para permitir a *autocrítica* sobre a política, pois a possibilidade de haver a crítica, também significa a possibilidade de se desenvolver e progredir neste ponto. Para

¹⁹¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 335.

¹⁹² "[...] o monopólio da racionalidade da ciência, o monopólio profissional dos homens, o monopólio sexual do casamento, o monopólio político da política." BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 337.

¹⁹³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 338.

¹⁹⁴ "Para a pesquisa, isto certamente resultaria em que, já de saída, seria preciso discutir, entre alternativas e controvérsias, sobre os riscos de determinados passos e projetos, e por certo não apenas em esferas intradisciplinares, mas também em *esferas semipúblicas interdisciplinares*, ainda a serem criadas institucionalmente. Em que formato poderiam ser organizadas e que possibilidades de controle essas instâncias inter e supraprofissionais deveriam estar em condições de exercer é algo que [sic] no entanto [sic] sequer precisa ser esboçado sobre uma folha de papel em branco". BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 340.

Ulrich Beck¹⁹⁵: “Essa institucionalização da autocrítica é tão importante porque, em muitos setores, nem os riscos e nem os caminhos alternativos para evitá-los podem ser reconhecidos sem o respetivo *know-how*.”. Este seria o papel dos conselhos, permitir que a crítica possa fluir dos diversos setores correlatos à Seguridade Social.

Na autocrítica a política teria um papel de mediador, regulador dos procedimentos destinados – na visão de Beck – a um consenso, com *funções tutelares, arbitrais, discursivas e simbólicas da política*, gerando um *efeito conservador da política sobre a subpolítica*. De forma que as inovações “[...] teriam de seguir no paradoxal e já trilhado caminho da autoimpugnação [...]”¹⁹⁶ que obedeceria a esta moldura jurídica e institucional, tendo de agir de acordo com as regras do jogo já definidas. Esta ideia deveria ser submetida à experimentação, crítica e pluralização interprofissionais para desenvolver a melhor forma de funcionar no caso concreto.

Se por um lado a demanda por racionalização para controlar os riscos pode gerar mais incerteza, por outro também podem ser catalizadores de inovações e soluções criativas que podem ser alcançadas¹⁹⁷, a exemplo, em um Conselho com as diferentes áreas de atuação.

De certa forma Ulrich Beck possui uma visão otimista sobre os riscos. Com esta visão cabe muito bem a ideia do CNSS, primeiro porque descentraliza por meio da dissolução das fronteiras da política, o que permitiria uma discussão mais democrática especialmente se houver possibilidade dela ser mais qualificada apenas para gerar discussões melhor embasadas, não para que haja a solução mais racional possível, mas para que a discussão por esta subpolítica permita que haja a forma com que os observadores de distintos sistemas observam o problema, então a integração destas visões pode gerar soluções criativas, especialmente com um apoio técnico, capaz de criar soluções para estes problemas inspiradas nas ideias apresentadas.

¹⁹⁵ “Para a pesquisa, isto certamente resultaria em que, já de saída, seria preciso discutir, entre alternativas e controvérsias, sobre os riscos de determinados passos e projetos, e por certo não apenas em esferas intradisciplinares, mas também em *esferas semipúblicas interdisciplinares*, ainda a serem criadas institucionalmente. Em que formato poderiam ser organizadas e que possibilidades de controle essas instâncias inter e supraprofissionais deveriam estar em condições de exercer é algo que [sic] no entanto [sic] sequer precisa ser esboçado sobre uma folha de papel em branco”. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 340.

¹⁹⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 341.

¹⁹⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 361.

Uma vez que estas decisões formam padrões biográficos, faz sentido em um Estado Democrático de Direito que haja uma maior participação popular, ou uma arena pública para democratizar o processo de decisão. Claro que, em última instância, é o decisor quem dará a palavra final, mas este processo de discussão torna mais transparente a decisão, além de dar outra visão ao decisor quem não tem acesso aos diversos subsistemas do qual só ouve falar sobre.

2.3 O risco na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann

A teoria dos sistemas de Niklas Luhmann é do tipo *funcional-estrutural*¹⁹⁸, a razão para pré-ordenar o conceito de função é verificar se a estrutura se adequa à função que deveria desempenhar, o que torna o sistema mais maleável para que questione a si mesmo e se os seus processos, hierarquias etc. são adequados para desempenhar tal função.

Essa inversão parte da premissa que há deficiências na estrutura, logo pode haver confronto com a própria estrutura do sistema e, para Luhmann¹⁹⁹, a partir deste confronto é possível se readaptar para atender melhor a sua função.

Assim o *sistema social* é definido como “[...] uma conexão de sentidos das acções [sic] sociais, que se referem umas às outras e se podem delimitar de um meio ambiente de acções [sic] pertinentes”²⁰⁰, separando-se o sistema social de seu *ambiente*, ou seja, tudo o que está fora do sistema. Além disso, cada sistema é problematizado por meio de sua *complexidade*, ou seja, a relação entre sistema e ambiente, a totalidade de todos os acontecimentos possíveis que pode ocorrer entre os dois²⁰¹.

Nesse contexto, os sistemas têm a função de apreender e reduzir esta complexidade, são instrumentos de mediação entre a complexidade do mundo e a capacidade de apreensão dessas informações de forma consciente pelo ser humano²⁰². Logo, o sistema da sociedade é

¹⁹⁸ LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, p. 74.

¹⁹⁹ LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, p. 75.

²⁰⁰ LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, p. 71.

²⁰¹ LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, p. 77.

²⁰² LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, p. 80.

um conjunto de informações²⁰³ as quais se consegue dar *sentido*²⁰⁴. Isso ocorre pois o sistema da sociedade faz operações por meio da *comunicação*²⁰⁵, e é por intermédio dela que a sociedade²⁰⁶ se produz e se reproduz²⁰⁷. Essa comunicação é viva, uma vez que depende dos signos²⁰⁸ de determinado momento, ocorrendo tudo ao mesmo tempo apenas no momento presente²⁰⁹.

Portanto, delimita-se um sistema ao descrevê-lo, criando *conceitos*. No contexto da teoria dos sistemas, só se pode criar conceitos por meio da *distinção*²¹⁰ entre sistema e ambiente. Por esse motivo se utiliza a comunicação, pois para se distinguir algo é preciso dar *sentido* a ele. É importante ter em mente que ao se usar a comunicação, ou seja, a linguagem para dar sentido ao que se observa, e, tendo como pressuposto que a linguagem é fluída, então a definição dos sistemas pode mudar com a linguagem de cada tempo e local. Mais uma vez, ressalta-se que a comunicação provida de sentido é a operação feita pela sociedade que pode interferir no sistema social e se relacionar com ele, diferentemente do ambiente – incluindo aqui as pessoas, pois são parte do ambiente e não mera informação. O ambiente não interfere no sistema da sociedade e tampouco no sistema do direito²¹¹, isto é, uma pessoa sozinha não pode mudar a história ou a cultura, pois não é capaz de deletar informações do sistema sozinha.

Não obstante, esses conceitos, distinções e sentidos atribuídos partem de observação que pode ser de primeira ou de segunda ordem. Luhmann afirma que a interpretação faz parte da observação de primeira ordem e essa interpretação “[...] virá a ser entendida como

²⁰³ "A informação é o valor de surpresa das notícias, dado um número limitado ou ilimitado de outras possibilidades. A redundância resulta (circularmente) de a informação precedente dever ser levada em conta nas operações dos sistemas autopoieticos [...]. Como mecanismo para a eliminação da demanda para (ou do interesse em) mais informação, a redundância *não é* ela própria *informação*. Ela possibilita a *indiferença* das operações do sistema entre si e possibilita a indiferença com relação ao ambiente". LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.II, posição 5.597.

²⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017, Posição 1.445-1.456.

²⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 10.I, posição 502, 7.093-7.103.

²⁰⁶ Considerando o conceito de sociedade: “Claramente, a sociedade é um sistema aberto que procura atingir um estado estacionário por meio de um processo de adaptação progressiva ao seu ambiente”. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 12.I, posição 8.896.

²⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 1.III, posição 365.

²⁰⁸ PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 46-47.

²⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 2.II, posição 622.

²¹⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 1.III, posição 365.

²¹¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 1.V, posição 502-512.

racionalização posterior do texto ou como cumprimento de premissas que o próprio legislador tenha decidido racionalmente”²¹².

Como observação de segunda ordem, tem-se a argumentação que, além de interpretar o texto, questiona “*como* se deve manejar o texto na comunicação”²¹³. A teoria da argumentação, mais do que questionar o que o texto quer dizer, avalia os argumentos buscando por aqueles que terão mais apelo, capacidade de se impor e convencer durante o processo de comunicação²¹⁴, ou seja, para a tomada de decisão. Ora, se há uma avaliação de todos os argumentos possíveis que podem ser usados na comunicação, logo a comunicação é um processo que analisa a si mesma por meio de uma observação de segunda ordem²¹⁵.

A *distinção* que o direito faz, no contexto da argumentação, para avaliar os seus textos se divide em duas “de *erros* cometidos na leitura dos textos que representam o direito vigente e, por outro lado, de razões que se tem para optar por uma ou outra interpretação”²¹⁶. Nesse segundo caso, os juristas se utilizam da fundamentação.

Luhmann esclarece que as razões são oferecidas para serem usadas *redundantemente*, *recursivamente* ou *repetidamente*²¹⁷, o caso individual é uma situação em contexto histórico de decisões anteriores e posteriores e conclui que a construção de regras é o resultado do uso reiterado de uma maneira de argumentar e não o pressuposto. Portanto, a repetição não é mera cópia, uma vez que, apesar de possuir similitudes com o seu contexto, realiza-se em situações diferentes e individualizadas²¹⁸. O autor, então, completa:

Por isso, as repetições encontram-se sob a dupla exigência (na qual se reflete exatamente o que a justiça exige): identificar regras e confirmar essa identificação, apesar da não identidade da situação em cada caso. A repetição exige condensação e confirmação, redução a identidades determináveis e generalização.²¹⁹

²¹² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.I, posição 5.373-5.391.

²¹³ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.I, posição 5.391.

²¹⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.I, posição 5.411.

²¹⁵ "Desse modo, a argumentação jurídica é uma combinação de cada um dos lados dessas distinções, ou seja, é a auto-observação do sistema do direito que, em seu contexto recursivo autopoietico, reage às diferenças de opinião passadas ou vindouras, no tocante à atribuição de valores do código lícito ou ilícito [...] E trata-se de comunicação causadora de controvérsia, uma vez que a mera disposição sobre o símbolo de validade, com ao pura leitura da lei, deve estar excluída do conceito de argumentação" LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.II, posição 5.582.

²¹⁶ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.I, posição 5.426.

²¹⁷ "As razões são símbolos dirigidos à redundância". LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8. II, posição 5.943.

²¹⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.II, posição 5.564.

²¹⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.II, posição 5.568.

Ora, mas se a redundância permite a circularidade das informações no sistema, Luhmann se questiona se ela também poderia legitimar erros, pois quanto mais informações e distinções um sistema tiver que fazer, mais ele dependeria de redundância suficiente. Para isto ser possível seria necessário evitar que haja uma sobrecarga do sistema com informações, de forma que o sistema possa fazer distinções mais rápido, preciso e eficiente que, por sua vez, poderá distinguir quando vier pequenas *variações* da recursividade até ali estabelecida no sistema:

[...] Redundância e variedade são, à primeira vista, exigências contrárias: redundância é a informação que já se possui para processar informações subsequentes; variedade é a informação que ainda falta para isso. Quanto maior a variedade de um sistema, mais difícil é deduzir uma operação de outra apenas com um reduzido acréscimo de informações, e mais difícil se torna identificar o sistema ou descrevê-lo adequadamente com base no conhecimento de apenas algumas operações; e tanto mais se produzem surpresas que devem ser processadas; tanto mais amplas são as ligações, e tanto mais tempo se faz necessário no sistema [...] A relação entre variedade e redundância é, portanto, uma ordenação precária e ao mesmo tempo historicamente formada, sendo precisamente por meio dessa relação (e menos pela dos institutos jurídicos tomados individualmente) que o sistema reproduz a adaptação (sempre dada de algum modo) ao ambiente.²²⁰

Com o intuito de simplificar as informações e delimitar cada sistema, essa distinção é feita por meio de *operações binárias*²²¹ que delimitam cada sistema. Como exemplo, Luhmann explica que a operação do sistema do direito é feita ao categorizar as informações em lícito ou ilícito²²²; o sistema político em ter-poder ou não-ter-poder; o sistema econômico no código binário ter ou não-ter²²³.

Quando o sistema funciona processando as informações apenas por seu próprio código binário, diz-se que ele é *sistematicamente fechado*²²⁴. Porém não se pode confundir a forma autônoma de operar o sistema com a forma que o sistema tem de “conhecer” as informações do ambiente, uma vez que o sistema é *cognitivamente aberto*. Consequentemente, quando uma nova informação do ambiente entra no sistema do direito, tal informação é “lida” pelo binário lícito ou ilícito para essa informação ser tratada e conhecida ou rejeitada pelo sistema.

²²⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8. II, posições 5.694-5.734.

²²¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 2.I, posição 589.

²²² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 2.III, posição 887-898.

²²³ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade** na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, Capítulo 13.1, p. 2.557.

²²⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 2.II, posição 643.

Assim, por meio deste código, o sistema processa as informações do ambiente e pode passar por mudanças e se adaptar²²⁵. Nesse contexto, Luhmann aplica o conceito de *autopoiese*²²⁶ do sistema como autorreferência dos elementos sistêmicos²²⁷, ou seja, por meio de seus próprios elementos o sistema autonomamente consegue produzir mais desses elementos que o distinguem e o tornam autônomo²²⁸. Nos sistemas psíquicos e sociais²²⁹ – aqueles constituídos de sentido – isto é feito por meio transformações de informações, interação, regeneração e destruição de alguns componentes deste sistema²³⁰. Nesse contexto, diz o autor:

Assim, sistemas autopoieticos são atrelados ao tipo de operação, e isso vale tanto para a produção das operações seguintes como para a formação de estruturas. Em outras palavras, não há nenhuma ‘diferença de essência’ ou ‘diferença material’ entre operação e estrutura. [...]. Comunicações [forma como a sociedade faz operações e o direito é parte da sociedade] referentes ao direito têm como operações do sistema do direito sempre uma dupla função, como fatores de produção e como mantenedores de estruturas. Elas pressupõem condições de associação para outras operações, e assim confirmam ou modificam as limitações (estruturas) significativas e tal. Nessa medida sistemas autopoieticos são sempre sistemas históricos, que partem do estado imediatamente anterior que eles próprios criaram. Fazem tudo o que fazem pela primeira e pela última vez. Toda repetição é uma questão de fixação de estruturas artificiais. E são históricos também no sentido de que devem suas estruturas à sequência de suas operações, razão pela qual evoluem no sentido da bifurcação ou da diversificação. Na condição de observador, é possível diferenciar as funções de determinação de estado e da seleção de estruturas, mas operativamente elas não se separam. A operação tem sua unidade com o elemento autopoietico precisamente ao servir ambos.

²²⁵ "[...] Quanto mais informações um sistema tiver de processar, mais ele dependerá da existência de redundância suficiente, sobretudo para evitar erros na consideração de informações relevantes; mas não se poderia dizer também: para legitimar erros? Desse modo, evidencia-se que um sistema evita uma sobrecarga de informação, mas precisamente assim ele pode conquistar novos graus de refinamento para distinguir e definir. Portanto, as redundâncias não só excluem as informações, mas também produzem informações à medida que especificam a sensibilidade do sistema. Assim, no sistema há informações que não podem existir num ambiente que não esteja proporcionalmente preparado. A redução da complexidade serve ao aumento da complexidade." LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.II, posição 5.624.

²²⁶ “A palavra deriva etimologicamente do grego *autós* (“por si próprio”) e *poíesis* (“criação”, “produção”). NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 126.

²²⁷ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 130.

²²⁸ “Existem duas variantes para os acoplamentos operativos. Uma é a chamada autopoiese [o outro é o acoplamento estrutural]. Ela consiste na produção de operações do sistema por mediação das operações do sistema”. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 10, p. 7.021-7.029.

²²⁹ Em contraponto aos sistemas orgânicos e neurofisiológicos que são tão radicalmente fechados que para serem observados precisa de um observador exterior ao sistema, ou seja, outro sistema. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 128.

²³⁰ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 127-128.

[...] Num sentido temporal, operações são acontecimentos e, portanto, atualizações de possibilidades providas de sentido que tornam a desaparecer logo depois de realizadas. Como acontecimentos, as operações não têm nenhuma duração, ainda que haja duração mínima necessária para sua observação [...]. Uma vez sem duração, tampouco podem ser alteradas. Todos os componentes, toda mutabilidade e toda estrutura têm de ser produzidas no sistema, por meio de operações providas pelo próprio sistema. Em outras palavras, não existe nenhuma determinação de estrutura externa. Somente o próprio direito pode dizer o que o direito é. Assim, a produção de estruturas engendra-se de maneira circular, já que as próprias operações demandam estruturas a fim de, por referências recursivas, determinar outras operações. Não apenas a produção de operação por operação, mas também, *a fortiori*, a condensação e confirmação de estruturas por operações que orientam tais estruturas são realizações da autopoiese. É desse ponto de vista que passaremos a delinear o sistema do direito também como sistema dotado de estrutura autodeterminada.²³¹

Isto é completamente relacionado ao tema em questão, pois como visto sobre o aspecto institucional do CNSS, pois não houve tempo hábil para confirmar as estruturas deste conselho, não houve referências recursivas suficientes para estruturar este conselho em uma instituição²³² de fato. Ressalte-se que os sistemas sociais só são relevantes quando a informação circula, pode-se dizer uma manifestação de comunhão²³³ que se reproduza.

Portanto, diz-se que o sistema social autopoietico é autorreferencial, sendo a *autorreferência elementar* ou *base* o elemento mínimo para fechar um sistema autopoietico enquanto se refere simultaneamente para dentro e para fora. Logo, o ambiente constitui *fundamento* do sistema social autopoietico visto que tem de ser capaz de olhar pra dentro e para fora, porém o observado no ambiente só passa a integrar o sistema a partir do momento que criar formas através de seus próprios critérios e código-diferença²³⁴.

Nesse ponto há autonomia do sistema, mas não autarquia²³⁵. O fechamento operativo do sistema social é condição para que haja sua abertura. O elemento mínimo do sistema é ser autorreferente, e os outros elementos que compõem um sistema autorreferencial *latu sensu* são a reflexividade e a reflexão.

²³¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 1.V, posição 711-732.

²³² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Quadro de referência de uma política pública**: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-paula-dallari-bucci/quadro-de-referencia-de-uma-politica-publica-primeiras-linhas-de-uma-visao-juridico-institucional>. Acesso em: 03 jun. 2020.

²³³ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 169-170.

²³⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 129.

²³⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 130.

Marcelo Neves²³⁶ explica o conceito de Luhmann, apontando a *reflexividade*: “[...] como mecanismo no interior de sistema autopoietico implica o processo referente e o processo referido são estruturados pelo mesmo código binário e que, em conexão com isso, critérios do primeiro reaparecem no segundo”. Por exemplo, para um sistema jurídico positivo²³⁷ ter reflexividade, deve se explicar por meio de normatizações do direito positivo e não de um conceito de direito natural. Relembre-se que Luhmann afirma que estes sistemas são do tipo funcionais-estruturais e, portanto, têm sua função como parâmetro e constantemente mudam sua estrutura para atender a este parâmetro.

Na *reflexão*²³⁸, por sua vez, o sistema não irá olhar para os próprios elementos e processos. Ela pressupõe a autorreferência e reflexividade, porém irá ver o próprio sistema como um todo unitário para diferenciá-lo do ambiente. É por meio da reflexão que o sistema problematiza a própria identidade em relação ao ambiente.

Em razão disso é que afirma-se que o Sistema Social possui um código-diferença binário específico: pode ser fechado, mas cognitivamente aberto para falar *com* o ambiente e não apenas *sobre* o ambiente²³⁹. Afinal, é preciso saber exatamente o que é, para ao se deparar com outros sistemas, não perder sua própria identidade e confundir-se com outro, de forma que:

[...] A qualidade normativa serve à autopoiese do sistema, à sua autocontinuação diferenciada do ambiente. A qualidade cognitiva serve à coordenação desse processo com o ambiente do sistema.”. Daí resulta uma conexão entre conceito e interesse na reprodução do direito positivo, que se manifesta no fato de “que o sistema jurídico ‘fatorializa’ a auto-referência por meio de conceitos, a heterorreferência, ao contrário, mediante interesses.”²⁴⁰

Essa abertura cognitiva é essencial, pois se um sistema social fosse totalmente fechado passaria a entrar em paradoxo com o ambiente com o passar do tempo, uma vez que a autorreferência não iria aprender nada de novo, apenas reciclaria antigas estruturas. É esta

²³⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 132.

²³⁷ “Positividade é conceituada como autodeterminação ou fechamento operacional do direito [...] a autodeterminação do direito fundamenta-se na distinção entre expectativas normativas e cognitivas, que só se torna clara a partir da codificação binária da diferença entre lícito e ilícito exclusivamente pelo sistema jurídico”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.135-136.

²³⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 132-133.

²³⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 134.

²⁴⁰ LUHMANN, 1983, 1984, 1990 e 1993 apud NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 136.

abertura cognitiva que permite a *desparadoxização* daquela²⁴¹, possibilitado que se crie conexões com o ambiente e se atualize sempre, visto que os sistemas codificados são ateológicos e máquinas históricas não triviais, mas é por meio deste código binário próprio que permanece aberto as duas possibilidades, visto que “[...]sistema e o código são, então, firmemente acoplados. O código é a forma com que o sistema distingue a si mesmo do ambiente e organiza seu próprio fechamento operativo (tradução nossa a partir do inglês)”²⁴².

Ademais, as informações podem ser tratadas em sintonia por sistemas distintos ou por sistema e ambiente, porém sem que cada um deles perca a sua própria autonomia e ocorre por meio de *acoplamentos estruturais*²⁴³. Por exemplo, para Luhmann, a Constituição²⁴⁴ é um acoplamento estrutural entre o sistema do direito²⁴⁵ e o sistema político, isto é, a constituição, enquanto resultado de diversos interesses políticos do poder constituinte, expressa a política de forma legalizada, reconhecida pelo sistema do direito. Em raciocínio semelhante, o acoplamento estrutural entre o sistema do direito e o da economia é a propriedade e o contrato²⁴⁶.

Outro acoplamento estrutural interessante para a presente discussão é o *texto*²⁴⁷ como acoplamento estrutural entre a *argumentação* e *validade* do direito. Essas são operações do sistema do direito enquanto permitem sua *auto-observação simplificada*, ou seja, observa-se

²⁴¹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 137.

²⁴² LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 77-78.

²⁴³ “A outra reside na simultaneidade que sempre se deve supor entre sistema e o ambiente. Essa simultaneidade permite o acoplamento momentâneo das operações do sistema com as que o sistema atribui ao ambiente [...]. Contudo, os acoplamentos operativos entre sistema e ambiente, realizados por tais identificações, só são possíveis para o período em que durar o evento. Os eventos não persistem e residem sempre em certa ambiguidade de identificação, pois no fundo a identidade dos eventos individuais é gerada sempre na rede recursiva do sistema individual. [...] em contraste, fala-se de acoplamentos estruturais quando um sistema supõe determinadas características de seu ambiente, nele confiando estruturalmente [...]. Consequentemente, também o acoplamento estrutural é uma forma, ou seja, uma forma constituída de dois lados – em outras palavras, uma distinção. O que inclui o que é acoplado é tão importante quanto o que exclui. As formas de acoplamento estrutural são, portanto, *restritivas* e assim *facilitam* a influência do ambiente sobre o sistema”. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 10.I, posições 7.036-7.047.

²⁴⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 10.IV, posição 7.657

²⁴⁵ Ressalte-se que a sociedade é o ambiente do sistema do direito, e o sistema do direito é interno à sociedade. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 10.IV, posição 500-503.

²⁴⁶ GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade** na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, Capítulo 13.1, posição 2.557.

²⁴⁷ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.I, posição 5370.

não como sistema em um ambiente, porém se verifica a coerência e a coesão entre o próprio aglomerado de textos jurídicos remetendo-se uns aos outros²⁴⁸.

Entretanto, cabe ressaltar que os acoplamentos estruturais apenas geram *irritações, surpresas e perturbações* no sistema, não servindo com a função de transformar *inputs* do ambiente em *outputs* do sistema e vice-versa, pois, como foi visto, o sistema é autopoietico e fechado e o ambiente não influencia no sistema²⁴⁹. Para Luhmann, o conceito de *irritações* se encontra condicionado ao de acoplamento estrutural de forma recíproca, sendo um conceito pressuposto de sua teoria e consiste em:

Uma forma de percepção do sistema; mais precisamente uma forma de percepção *sem um correlato no ambiente*. O ambiente em si não é irritado e somente um observador pode formular o enunciado segundo o qual ‘o ambiente irrita o sistema’. O sistema em si mesmo registra a irritação [...] somente na tela do vídeo de suas próprias estruturas.²⁵⁰

Isto é, essas irritações não influenciam o sistema, mas um observador pode dar sentido a elas para tentar compreender essas relações.

Ainda destaca em outro momento do livro que todo observador de segunda ordem também é um observador de primeira ordem, porém capaz de entender que todos são sistemas e todos observam um outro sistema distinguindo aquele sistema de si mesmo e do seu ambiente ao indicar uma forma de distinguir um do outro²⁵¹. Em suma, o sociólogo explica o conceito desta tal *observação*²⁵².

²⁴⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.I, posição 5.356-5370.

²⁴⁹ Entretanto, Luhmann traz uma exceção: “Nesse sentido, a sociedade como um sistema de comunicação depende de um acoplamento estrutural com o sistema de consciência. É unicamente por meio da consciência (e não, por exemplo, de maneira química, bioquímica ou neurofisiológica) que a sociedade pode ser influenciada por seu ambiente. Só mesmo desse modo se faz possível construir um alto grau de complexidade do sistema da sociedade, com base na comunicação. A operação da comunicação chega a conter um componente que só pode ser atualizado na forma de surpresa, isto é de informação. O aniquilamento físico da vida e consciência não irritaria a comunicação, mas poria fim a ela”. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 10.I, posições 7.096-7.102.

²⁵⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8.I, posição 7.069-7.076.

²⁵¹ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 225.

²⁵² “Observação deve então ser compreendida para significar o uso de uma distinção para indicar um lado (e não o outro), independentemente de qual seja a realidade empírica que a operação executa, então, desde que seja capaz de traçar uma distinção (logo, de ver dois lados simultaneamente) e desde que seja capaz de fazer uma indicação. Com George Spencer Brown, nós pressupomos então que distinção e indicação formam um todo indivisível, afinal, apenas o que pode ser distinguido pode ser indicado e distinções podem ser usadas para o propósito único de indicação (o que inclui a possibilidade de nos levar a uma observação de segunda ordem: indicar a distinção em si com a ajuda de outra distinção). [...] A seu turno, isto se refere à distinção que nós usamos para indicar um lado (e não o outro). Ou, na terminologia de Spencer Brown, isto se refere à forma de destacar a nossa observação” (tradução nossa a partir do inglês). LUHMANN, Niklas. **Risk: a**

Construindo um conceito de risco, Niklas Luhmann irá tratar²⁵³ de três dimensões de significado: a dimensão temporal, a dimensão material e a dimensão social. Ora, se é possível ter tantas dimensões de significado²⁵⁴, sabe-se então que “risco” é uma palavra plurívoca²⁵⁵, como coloca o sociólogo. Isto posto, Luhmann começa a buscar as distinções que as pessoas tendem a fazer, elencando sobretudo duas: distinguir risco em oposição à segurança e risco em oposição ao perigo.

Inicialmente, no que concerne à dimensão temporal, o sociólogo adota o conceito de *vinculação do tempo (time binding)*²⁵⁶ que consiste basicamente no vínculo entre um momento e outro à medida em que eles acontecem. No caso da Teoria dos Sistemas, estes eventos não têm duração nenhuma e mesmo assim eles vinculam uma operação que acabou de passar à operação subsequente de forma que a operação subsequente consiga repetir a operação anterior. Assim, no sistema autopoietico, as estruturas se geram e se regeneram continuamente. Ou seja, ele tem tanto identidade com o que imediatamente estava acontecendo, quanto ainda consegue ir se regenerando ou aprendendo para se reproduzir e atualizar mantendo, desta forma, aquele vínculo e identidade.

sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 222-225.

²⁵³ “Estas dimensões de significado podem ser descrevidas como formas de observar o mundo com a lente corretiva de certas distinções. [...] A dimensão temporal é usada quando alguma coisa é observada com o auxílio da distinção traçada entre ‘antes’ e ‘depois’. A dimensão material permite a observação com a ajuda de ‘formas’, podemos dizer com o auxílio de distinções que são consideradas como dadas quando indicam alguma coisa específica. A instância mais importante para o nosso propósito – sendo aquela que permite em primeiro lugar que nós tracemos distinções – é aquela entre um sistema e o seu ambiente (tradução nossa a partir do inglês).” LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 51.

²⁵⁴ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 17.

²⁵⁵ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 16.

²⁵⁶ Com o propósito de analisar risco e em lidar com questões correlatas (devemos dizer funcionalmente equivalentes), nós devemos pegar o conceito de vinculação do tempo como nosso ponto de partida. O conceito o qual foi adotado da teoria linguística e generalizado neste contexto, indica um problema e, assim, um ponto de partida para a comparação de diferentes, outros, mas que deste ponto de vista são soluções equivalentes. Apesar do tempo em si não poder ser limitado, ele pode ser vinculado pela atribuição de um valor estrutural. Para colocar isto de maneira mais precisa: os eventos passam a medida que eles vem a ser. Eles não têm duração (caso contrário, nós falaríamos de estados, por mais breves que possam ser). Mas conectando operações, podemos repeti-las. Isto faz surgir um efeito duplo. Por um lado, o significado de um evento tem que ser identificado para que possamos reconhecer a reiteração pelo que ela é. Por outro lado, isto acontece em situações em constante mudanças, então o nosso aprendizado é composto – um pode cair no sono não apenas no quarto, mas, desde o advento da televisão, na sala de estar também. Em nosso contexto o conceito de vinculação do tempo deve indicar a generalização de estruturas no processo autopoietico, contínuo e autorenovável do system, por conseguinte, não é simplesmente o vir a ser de estados factuais de alguma duração (átomos, sóis, buraco de ozônio, etc.)” (tradução nossa a partir do inglês). LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 51.

Neste contexto, a norma é forma de vinculação ao tempo, pois no presente cria-se uma certa expectativa que é vinculada ao fato futuro (caso haja a subsunção da norma²⁵⁷) pelo tempo em que a norma estiver válida. Havendo mudanças de expectativas e preferências, é possível modificar a norma para futuros fatos, mas para o que vier a ocorrer no presente, vale a norma que estiver vigente.

Portanto não tem como subordinar este Sistema a uma estrutura pré-definida, a uma “moldura”, pois isto enrijeceria o Sistema que tem que ser fechado por apenas haver apenas um código binário para garantir a sua autopoiese e recursividade própria de Sistemas tipo máquinas históricas não triviais²⁵⁸, se formam com operações e operações são eventos ligados ao ponto do tempo em que ocorreram máquinas históricas não-triviais²⁵⁹. Então o Sistema do Direito tem a *possibilidade* de distinguir uma informação entre lícito e ilícito. E, para o autor, isto serve à autopoiese do sistema uma vez que esta vinculação não pode ocorrer entre sistemas:

Brechas na simetria permitem a emergência de irreversibilidades. Isto simplesmente significa que eles nos levam para outras brechas na simetria entre o passado e o futuro. É apenas sob esta condição que o futuro pode diferir do passado e, só assim, riscos são concebíveis. Com a progressiva diferenciação da sociedade e do código linguístico, esta regularidade permite o desenvolvimento de uma história da sociedade determinada por se a linguagem é usada para aceitar ou rejeitar o significado proposto. Se, dentro do sistema da sociedade, os sistemas codificados funcionais binários são ainda mais diferenciados, este processo se repete frequentemente em forma divergente e acelerada. A opção para o valor positivo do código, para legalidade, verdade, propriedade, para institucionalizar posições de poder, engendra uma capacidade por conectividade e, assim para história. A opção para o respectivo contra valor reflete condições pertinentes, engendram contingência e, assim, mantém o futuro aberto. O sistema, portanto, expõe a si mesmo fundamentalmente e continuamente para o risco que ele pode operar apenas com o valor preferencial, mas pode fazer desta forma apenas sob condições que exigem um contra valor que seja sempre capaz de se impor. Não há mais então nenhuma garantia de que o que é passado irá ser

²⁵⁷ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 53.

²⁵⁸ “A famosa distinção de Von Foerster entre máquinas triviais e não-triviais é um ponto de partida para reconhecer a complexidade do comportamento cognitivo. Uma máquina trivial é uma máquina cujas operações não são influenciadas por operações prévias. É analiticamente determinável e independente das operações prévias e, portanto, previsíveis. Para máquinas não-triviais, contudo, isto não permanece como verdade como um problema de identificação, por exemplo, deduzir a estrutura da máquina com base em seu comportamento se torna um problema insolúvel” (tradução nossa). RIEGLER, Alexander. **The Heinz von Foerster Page**. 1996. Disponível em: <https://www.univie.ac.at/constructivism/HvF.htm>. Acesso em: 03 jun. 2020.

²⁵⁹ RIEGLER, Alexander. **The Heinz von Foerster Page**. 1996. Disponível em: <https://www.univie.ac.at/constructivism/HvF.htm>. Acesso em: 03 jun. 2020.

preservado e que o futuro será como no passado – apesar da irreversibilidade! (Tradução nossa a partir do inglês).²⁶⁰

Ocorre que riscos não poderiam ser resolvidos dentro do sistema legal com vinculações ao tempo. Primeiro, porque riscos são em regra um desvio das expectativas normativas. Segundo, “Pois nos casos de riscos, nós não estamos lidando com o futuro que podemos determinar em nosso presente como outros irão se comportar em situações futuras. Um risco não pode ser violado. (tradução nossa a partir do inglês)²⁶¹”. Isso quer dizer que as normas só poderiam prever riscos de forma vinculativa se elas abrissem mão de decidir no futuro; se aplicar aquela norma é a coisa correta ou não no caso concreto. Esta decisão estaria na norma criada hoje com força legal independentemente de futuras asserções, porém isto é inviável uma vez que a norma não pode prever como as pessoas deverão se comportar em situações de risco, especialmente criando uma norma a ser aplicada para todos mesmo que os eventos concretizados da situação de risco sejam extremamente improváveis.

Mesmo sistemas fechados como o do direito funcionam como uma máquina histórica não-trivial. Na Teoria dos Sistemas isso quer dizer que como os códigos binários são abstratos e aplicáveis a infindáveis distinções e como a cada distinção este valor do código "negativo" ou "positivo" permanece como sendo uma possibilidade. Toda distinção anterior se vincula à distinção imediatamente posterior onde “[...] todo fim é simultaneamente um começo [...]” (tradução nossa a partir do inglês)²⁶². Com um trocadilho, Luhmann declara que “(...) O futuro dos sistemas fechados está aberto e os riscos com que eles têm que lidar são, basicamente, incalculáveis” (tradução nossa a partir do inglês)²⁶³. Então, da mesma forma que a abertura é essencial para garantir que o sistema seja fechado e desparadoxizado. Esta abertura também submete o sistema a riscos cada vez que ele faz uma distinção uma vez que o sistema não pode controlar o ambiente²⁶⁴.

Por exemplo, uma Emenda Constitucional (EC) como a de nº 95, popularmente conhecida como "Teto dos Gastos" criada para evitar o risco de uma crise financeira ainda

²⁶⁰ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 76-77.

²⁶¹ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 58-59.

²⁶² LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 78.

²⁶³ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 78.

²⁶⁴ Ressaltamos, entretanto, que o que pode um risco aceitável para um sistema pode efeitos imprevisíveis em outros. LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 80.

maior, deveria ser vinculativa por todos estes 20 anos, mesmo que após – hipoteticamente – 5 ou 10 anos isto pareça estar deixando o País em uma crise pior – afinal, é difícil prever se esta é a medida mais adequada no cenário econômico mundial dos próximos 20 anos. Mas situações como esta tendem a não permanecer no caso da norma aparentar não resolver aquilo para o qual foi criada. No exemplo em tela, já há quem defenda, após apenas dois anos, que EC nº 95 seja revogada por achar que ela irá gerar "estagnação econômica"²⁶⁵, sendo que "A proponente lembra que a população continua crescendo e os investimentos precisam acompanhar a demanda populacional." ²⁶⁶, mesmo isto ocorrendo há um tempo relativamente curto para afirmar se esta medida é essencial ou não pelos próximos 20 anos. Caso fosse de fato necessário, revogar esta norma também é um risco em si – o que exemplifica como estas situações de risco dificilmente podem ser vinculativamente normatizadas por atribuições gerais.

De forma contrária no ordenamento jurídico, quando riscos se concretizam, a nossa norma olha para o passado para julgar de quanto foi o dano efetivamente ocorrido, se há culpados e quais seriam as penalidades adequadas, mas isto não é vinculado antes do evento ocorrer, pois isto poderia gerar soluções injustas – olha-se para o passado e não para o futuro.

Em suma, revogar ou não revogar esta norma é um risco, não é possível no presente decidir qual é a escolha correta. Por isto, em situações como esta, prevalecem as definições de risco que mais tiverem apoio.

A própria expectativa do risco já muda o nosso comportamento social, pois nesta expectativa tomam-se atitudes preventivas, discute-se, mudam-se pontos de vista, incentiva-se a criar inovações, apenas pela ideia de risco. Esta necessidade de se prevenir pode tanto fomentar ideias criativas e inovações, como pode gerar novas formas de risco, como o risco eventual da Emenda do Teto de Gastos não dar certo. Por isto que nenhuma estrutura legal ou econômica consegue suportar o fardo destes riscos e o autor defende que existe uma tensão entre a dimensão social e a dimensão temporal que faz com que nenhum destes outros

²⁶⁵ “Entretanto, quanto mais cada pessoa busca se prevenir da escassez por longos períodos de tempo, maior será a escassez para os outros onde a quantidade permanece uma constante. Escassez é, então, um daqueles problemas que se tornam um paradoxo se vista como um problema social: quanto menos escassez há (para um), mais escassez existe (para outros)” (tradução nossa a partir do inglês). LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 61.

²⁶⁶ AGÊNCIA SENADO. **CDH acata sugestão legislativa de cidadã para revogação do Teto de Gastos**. 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/21/cdh-acata-sugestao-legislativa-de-cidada-para-revogacao-do-teto-de-gastos>. Acesso em: 03 jun. 2020.

sistemas possam ser superados pela comunicação, pois ela age ao mesmo tempo em que observa:

De um ponto de vista superficial, isto encontra expressão em uma atitude crítica frequentemente exagerada em relação ao direito, propriedade e dinheiro, e ainda em direção à racionalidade da desigualdade, como se tudo viesse a ser abolido pela revolução ou de um outro jeito. É mais realista desconfiar dessa expectativa, enquanto, claramente, reconhece os limites de desempenho da forma tradicional e prestando atenção para novidades de perspectivas da sociedade moderna sobre o futuro em termos de vinculação ao tempo. [...] Não há uma autoridade final – nem que seja uma invisível – na qual um pode descarregar a incerteza chamada risco. O que permanece são apenas diferenças, distinções, formas permitindo que nós as articulemos. E pode ser bem o caso de, no curso do desenvolvimento semântico que já está se tornando aparente, esta síndrome da diferença/contingência/incerteza irá minar e dissolver a atual corrente normativa e os argumentos justificatórios econômicos do utilitarismo (tradução nossa a partir do inglês).
267

Diante da angústia causada pelo medo dos riscos, a maioria das pessoas²⁶⁸ determinam como contra conceito de risco a forma *segurança* – esta é a primeira distinção que o sociólogo da teoria dos sistemas aponta.

Porém, para outras pessoas da sociedade moderna²⁶⁹, segurança significa menos ganhos enquanto riscos são vistos como oportunidades. Cada uma das partes, seja aquele que irá apostar contra a concretização do risco, seja aqueles *experts* em segurança, são observadores de primeira ordem – eles vão acreditar nos fatos que veem –, este é o raciocínio de Luhmann²⁷⁰. Então se as apostas têm dado resultado positivo, vão continuar a ver o risco como oportunidade, de outro lado, se aquele risco se concretizar, isto será prova da necessidade de se ter mais segurança para os *experts* em segurança.

Já o observador de segunda ordem se depara com o fato de que riscos podem se concretizar e, portanto, seria necessário ter se prevenido antes que eles de fato aconteçam; mas, para outros, podem simplesmente não se concretizar e, se esta pessoa deixou uma oportunidade passar em nome da prevenção, então ela deixou de ganhar. Então, em que pese pensar em risco possa gerar essa sensação de mal-estar, distinguir risco de segurança não é o

²⁶⁷ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 68-70.

²⁶⁸ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 18.

²⁶⁹ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 23.

²⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 20-21.

caminho mais apropriado, até porque o que é seguro para uns, não o é para outros, de forma que observação fica completamente subjetiva.

O sociólogo alemão busca²⁷¹ então uma outra forma de distinção e traça o seguinte raciocínio: se o risco está ligado a uma perda em um futuro incerto²⁷², então esta perda pode ser fruto de decisões ou pode ser atribuída ao ambiente – neste caso fala-se de *perigo* e naquele de *risco*²⁷³. Correlacionando com o tópico anterior: aqueles que tomam as decisões correrão o risco de possíveis perdas, já a classe dos afetados que não tomaram a decisão foram expostas ao perigo por aquele que tomou a decisão. Logo, quando se diz que a causa é atribuída ao ambiente, não se pensa apenas em desastres naturais, mas também em desastres sociais.

Mas esta distinção também gera outro problema, pois a mesma situação contingente pode significar correr risco para um, enquanto para outro pode significar que ele pode estar em perigo. Novamente, são observadores de primeira ordem que usam a distinção entre risco e perigo, pois estes estão sujeitos às interpretações causais de cada sujeito²⁷⁴.

Niklas Luhmann lida com um paradoxo que é a tensão entre a dimensão social e a dimensão temporal, pois, conforme explicado anteriormente, quanto mais se produzem decisões com o objetivo de se prevenir de riscos, mais se criam novas situações arriscadas que só passam a existir por causa desta decisão. Entretanto, ressalta:

Obviamente isto não significa que normas e regulações de escassez perdem a sua importância. Isto significa simplesmente que eles são articulados com um outro problema, de forma que não pode ser totalmente integrada dentro das soluções refinadas de problemas dadas pelo direito e pela economia (tradução nossa a partir do inglês).²⁷⁵

Como o foco deste trabalho é o Sistema da Seguridade Social, importante destacar que “Risco como uma forma futura aparece para indicar relações consideravelmente distintas da realidade e, por esta razão, também não pode ser acomodada nem em estruturas normativas

²⁷¹ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 21.

²⁷² “Para o conceito que pretendemos definir, o único requisito é que a perda causada pela contingência seja em si causada por uma contingência, que é, por assim dizer, evitável” (tradução nossa a partir do inglês). LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 16.

²⁷³ O conceito de risco não difere muito entre Luhmann e Beck, entretanto, o que Luhmann chama de “perigo”, Beck especifica ainda mais em “ameaças”, “catástrofes” e “incertezas fabricadas”.

²⁷⁴ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 106-107.

²⁷⁵ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 69.

e nem em sistemas de distribuição [...] Riscos não requerem ordem, mas, sim, são uma fatalidade” (tradução nossa a partir do inglês) ²⁷⁶. Ou seja, não é possível estabelecer em normas absolutamente todas as minúcias e detalhes da vida.

Isto pode parecer uma contradição com o que foi exposto no tópico sobre Ulrich Beck considerando que grande parte do que gerou os direitos da Seguridade Social foram as novas formas de relação de trabalho que geraram novos tipos de riscos, mas não o é. Assim se harmonizam estes pensamentos: o processo de desenvolvimento é reflexivo onde os riscos são sistematicamente agravados com o desenvolvimento; diante disso, há um movimento para se prevenir destes novos tipos de risco do desenvolvimento; contudo: esta forma de prevenção acaba por gerar outros tipos de riscos. Desta maneira, os direitos da seguridade social surgiram primeiramente para proteger os trabalhadores dos riscos de seu labor, entretanto estes direitos da seguridade social podem sobrecarregar o Estado tornando-o muito oneroso e com dificuldade para lidar com este orçamento em tempos de crise, gerando o risco de sofrer uma recessão econômica. Neste contexto, Luhmann ainda tem uma visão – um tanto quanto pessimista – sobre o liberalismo e a igualdade:

Quando examinamos as maneiras com que o tempo se vincula ao custo da sociedade, por meio de desvantagens e desigualdades, podemos comparar a formação de estruturas sociais de ambos os pontos de vista, o histórico e o material. Em adição à forma familiar histórica de formação estrutural de vinculação do tempo, um outro novo apareceu em cena que não se encaixa a outros e, por esta razão – talvez por apenas esta razão – encontra a sua racionalidade questionada. É a tomada de riscos.

Ao tomar riscos ganhamos oportunidades que de outra maneira nos passariam despercebidas. Isto não é uma observação particularmente excitante. Isto aparenta por deixar para o autor decidir se ele irá mergulhar de cabeça ou não. O problema se torna relevante para a teoria sociológica apenas quando as estruturas assumem esta função, estimulando, forçando e normalizando a ação de correr riscos ou, até mesmo, absorvendo o risco invisível que existe em inúmeras decisões individuais.

Sob a eufemística égide da igualdade e liberdade, tais desenvolvimentos estruturais têm sido cobertos e encorajados sem considerar o quão pequeno os instrumentos tradicionais de racionalidade levam eles mesmos a lidar com o problema subsequente. Igualdade significa justificar a geração de desigualdade e considerá-la uma decisão aberta à prevenção por meio de decisão. Liberdade significa precisamente que isto é imaginado para ser a pré-condição para indivíduos e sociedade poderem se dar bem juntos de uma maneira aceitável. A ideologia liberal contém até mesmo um programa oculto para ajustar a sociedade ao risco dos desenvolvimentos tecnológicos que, finalmente, irá compelir a uma consciência do enorme grau com que a

²⁷⁶ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 70.

própria sociedade é em si afetada pelo que desencadeou – na verdade, sendo forçada a ter esta consciência.

Risco é uma forma consideravelmente diferente de lidar com o futuro que deve ser decidido por intermédio de probabilidade/improbabilidade. A determinação de normas legais para a aquisição de bens escassos assegura alguma coisa específica para o futuro e, talvez, expõe a si mesma a perigo na implementação. Com as formas de risco, por contraste, alguém explora precisamente a indefinição do futuro, de fato, por assim dizer, a falta de conhecimento de alguém, com o propósito de treinar, no presente, formas que podem ser confirmadas ou também refutadas por futuros presentes. O futuro, pode se tornar o presente apenas disfarçado de um ou outro, mas de qualquer modo apenas em uma única aparência específica, a forma fictícia é dada, mas como tal nunca ocorrerá – dizemos: a forma probabilidade/improbabilidade. É apenas este movimento que cria margem de manobra para os compromissos presentes e, ao mesmo tempo, esta margem de manobra serve para consensos e discordâncias em tais compromissos. Um argumento adicional e em respeito a um futuro desconhecido: compromissos não poderiam ser de nenhuma outra maneira. Uma pessoa só pode fazer uma decisão arriscada – ou sentar e esperar. Mas a forma risco também significa que esperar é também uma decisão arriscada (tradução nossa a partir do inglês).²⁷⁷

Entretanto, quando se fala de proteger o risco social, é límpido que as novas relações sociais e o desenvolvimento geram novos tipos de risco. A questão não é propriamente impedir que ocorram – embora a sua redução fosse bem-vinda – o essencial para a proteção do risco social é a solidariedade entre as pessoas²⁷⁸.

Acima há uma noção do conceito de risco²⁷⁹: como uma forma de lidar com o futuro com base em decisões intermediadas em termos de probabilidade e improbabilidade. Com base nestas escolhas, pode-se explorar situações de risco e/ou criar cenários de perigos para os outros, assim como se pode explorar o tempo e espaço para assumir compromissos, promessas, oportunidades.

Probabilidade e improbabilidade são, contudo, termos muito relativos – ainda que se fale em números. Novamente retorna-se à ideia de disputas de definição, pois probabilidade e

²⁷⁷ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 71-72.

²⁷⁸ “[...] a solidariedade social significa contribuição da maioria em benefício da minoria. Há constante alteração dessas parcelas da maioria e minoria de sorte que, num dado momento, todos contribuem e, noutro, todos se beneficiam da própria contribuição. Na seguridade social, a diferença básica é que a clientela é maior e a contribuição é indireta, através de tributos, pulverizando-se e anonimando-se ainda mais a participação de cada um na contribuição, fixada segundo a capacidade coletiva de consumir. [...] A solidariedade referida no princípio, quer dizer união de pessoas em grupos, globalmente consideradas, contribuindo para a sustentação econômica de pessoas em sociedade, individualmente apreciadas e que, por sua vez, em dado momento, também contribuirão ou não, para a manutenção de outras pessoas. E assim sucessivamente”. MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 1982, p. 56-57.

²⁷⁹ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 72.

improbabilidade são termos que carregam uma noção de ficção e são desvinculados ao tempo, pois mesmo contra todas as probabilidades um evento de risco pode se concretizar a qualquer momento.

Luhmann também pensa que a preferência por aversão a risco – opção por segurança – substitui decisões produzidas de forma racional e esta precaução é a atitude expectada pela maioria²⁸⁰ “[...] Nesta questão, o que importa é o grau de sensibilidade das probabilidades e a extensão da perda – isto é, dizer que estruturas sociais se sujeitam a influências temporais (tradução nossa a partir do inglês)”²⁸¹. Este cenário é o terreno mais fértil para disputas definitórias – o que é uma questão de comunicação para o sociólogo:

Por esta mesma razão é relativamente fácil fixar formas neste meio, desde que saibamos muito bem que ninguém já vive no futuro e que ninguém pode, portanto, conhecer melhor. Todavia, isto facilmente não significa que seja fácil conseguir consenso ou acordar na aceitabilidade de um risco. Pela conveniência com que formas podem ser acopladas, em termos de probabilidade, é benéfico para ambos: para as pessoas que desejam comunicar sua discordância e para pessoas que procuram alcançar consenso. Só se pode afirmar que esta constelação geral confere à dimensão social maior peso ou, de qualquer forma, lhe atribui um outro status do que no caso de normas de escassez. Não é nem uma questão de legitimidade, nem de distribuição – e, portanto, nós deveríamos evitar este vocabulário quando estabelecermos a especificidade de vinculação de tempo na forma de risco (tradução nossa a partir do inglês).²⁸²

Além disso, a hipótese de Luhmann²⁸³ é: a forma como a sociedade vê essas futuras perdas – como risco ou como perigo – são, inclusive, capazes de moldar aspectos das relações sociais, pois se estas perdas são atribuídas ao risco, atribui-se uma noção mais racional de que aquele resultado é apenas consequência das escolhas da pessoa que livremente escolheu aquele caminho. Por outro lado, se as situações são encaradas como perigo, então as futuras perdas são distinguidas da primeira por gerarem um sentimento de solidariedade, uma noção

²⁸⁰ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 79.

²⁸¹ “(...) *In this question it is a matter of the degree of sensitivity to probabilities and the extent of loss – that is to say social constructs subject to temporal influences*”. LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 101.

²⁸² LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 72.

²⁸³ “Uma primeira hipótese é que formas distintas de solidariedade social se desenvolvem diferentemente a depender se o futuro é visto da perspectiva do risco ou da perspectiva do perigo. Por esta razão, julgamos fumar cigarros como uma forma de se prejudicar, de forma diferente como é o estrago a nossa saúde causada por amianto. No primeiro caso, a regulação social colide com a noção de liberdade, assim, nasce a noção de fumante passivo para justificar a regulação. Já no segundo caso, a necessidade por proteção é evidente. No entanto, no que diz respeito aos perigos, a sociedade encara problemas que o grupo dos afetados não causaram eles mesmos. Isto sim necessita de atenção e simpatia distintas daquelas dadas aos riscos (tradução nossa a partir do inglês)”. LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 101.

de que aquelas pessoas precisam ser cuidadas. Mas tanto em uma, como em outra situação, Luhmann estabelece como premissa que os riscos são estabelecidos desigualmente e não é contraproducente procurar soluções que equilibrem a forma como estes riscos são distribuídos, razão pela qual a economia e o direito são usados como *mecanismos de compensação*²⁸⁴. Entretanto, a culpabilidade que se atribui a risco e a culpabilidade que se atribui ao perigo são distintas.

Quando Ana Elizabete Mota fala de cultura da crise, ela se refere exatamente a esta distribuição de culpabilidade distinta. Para ela o neoliberalismo atribui a “crise catastrófica na previdência” uma caracterização de perigo externo e imprevisível, portanto, de que o desfalque na previdência deve ser suportado igualmente por todos, todos teriam que ceder um pouco juntos, porém desconsideram que os efeitos da crise na seguridade social não recaem de forma equânime para capitalistas e trabalhadores, ou aumento para o escopo de Luhmann, afetados e não-afetados. De forma distinta, não atribui as mazelas posteriores às decisões arriscadas dos tomadores de decisão, mas sim dizem que toda a sociedade deve ceder para evitar que o País quebre.

Ocorre que há uma disputa definitórias em que os mais afetados não fazem parte, as decisões feitas pelos outros são arriscadas para o tomador da decisão, mas perigos e incertezas fabricadas para os afetados. Completa a autora²⁸⁵: “Transfere-se, assim, o tema da constitucionalidade dos direitos e garantias sociais para o domínio da governabilidade, do orçamento fiscal, do alto custo de contribuições patronais e da falta de equidade na concessão de benefícios e aposentadorias”.

Luhmann teria levado em consideração apenas o segundo problema da sociedade de mercado, qual seja, que é capaz de moldar bens imateriais como a solidariedade, então, o Estado distribuir renda faria com que as pessoas sentissem que seria desnecessário demonstrar solidariedade de forma privada. Já para Michael Sandel isto não seria verdade, pois o primeiro problema da sociedade de mercado apresentado em sua palestra²⁸⁶ é a desigualdade²⁸⁷.

²⁸⁴ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 102.

²⁸⁵ FERNANDES, Ana Elizabete Simões da Mota. **Cultura da crise e seguridade social: um estudo sobre as tendências da previdência e da assistência social brasileira nos anos 80 e 90**. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2008. p. 220-221.

²⁸⁶ SANDEL, Michael. **Por que não deveríamos confiar nossa vida cívica aos mercados**. TED talks channel. 1 vídeo (14min. 37seg.). 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3nsoN-LS8RQ>. Acesso em: 03 jun. 2020.

Mais precisamente em seu livro “Justiça: o que é fazer a coisa certa”, Sandel relaciona a questão da desigualdade social com a cidadania democrática²⁸⁸ capazes de justificar a também a defesa de direitos de prestação social para manter saudáveis um Estado Democrático de Direito:

Mas existe um terceiro e mais importante motivo de preocupação com a crescente desigualdade na vida americana: um fosso muito grande entre ricos e pobres enfraquece a solidariedade que a cidadania democrática requer. [...] Os mais ricos afastam-se dos logradouros e dos serviços públicos, deixando-os para aqueles que não podem usufruir de outro tipo de serviço.

Surtem então dois efeitos negativos, um fiscal e outro cívico. Primeiramente, deterioram-se os serviços públicos, porque aqueles que não mais precisam deles não têm tanto interesse em apoiá-los com seus impostos. Em segundo lugar, instituições públicas como escolas, parques, pátios recreativos e centros comunitários deixam de ser locais onde cidadãos de diferentes classes econômicas se encontram. Instituições que antes reuniam as pessoas e desempenhavam o papel de escolas informais da virtude cívica estão cada vez mais raras e afastadas. O esvaziamento do domínio público dificulta o cultivo do hábito da solidariedade e do senso de comunidade dos quais depende a cidadania democrática.

Portanto, afora suas consequências sobre utilidade ou consentimento, a desigualdade corrói a virtude cívica. Os conservadores partidários do mercado e os liberais preocupados com a redistribuição ignoram essa perda.

Se o desgaste do que constitui domínio público é o problema, qual é a solução? Uma política do bem comum teria como um de seus principais objetivos a reconstrução da infraestrutura da vida cívica. Em vez de voltar para a redistribuição de renda no intuito de ampliar o acesso ao consumo privado, ela cobraria impostos aos mais ricos para reconstruir as instituições e os serviços públicos, para que ricos e pobres pudessem usufruir deles igualmente. [...]

Se nos voltarmos para as consequências cívicas da desigualdade e para as maneiras de revertê-la, podemos encontrar soluções políticas que as discussões sobre a distribuição de renda não encontram. Isso também ajudaria a enfatizar a relação entre justiça distributiva e o bem comum.²⁸⁹

Em adição a este ponto, observe-se a realidade brasileira ao destacar os últimos dados do Índice Gini: 10% da população concentra 43,1% da massa de rendimentos do País e o rendimento médio do 1% mais rico da população é 33,8 vezes o rendimento dos 50% mais

²⁸⁷ SANDEL, Michael. **Por que não deveríamos confiar nossa vida cívica aos mercados**. TED talks channel. 1 vídeo (14min. 37seg.). 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3nsoN-LS8RQ>. Acesso em: 03 jun. 2020.

²⁸⁸ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 21. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 327-329.

²⁸⁹ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. 21. ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 327-329.

pobres²⁹⁰. Portanto não é a maioria do País que tem condições de dispor de parte de sua renda privada, nem possui a educação financeira para tal incentivo, razão pela qual aqui o risco social é protegido solidariamente e preventivamente.

Isto não quer dizer que os sistemas da economia e do direito sejam completamente inúteis, significa meramente que a instabilidade pode ser corrigida por estes sistemas *apenas até certo ponto*, mas se sobrecarregar estes sistemas com o peso de todas as instabilidades das decisões – inevitavelmente – estes sistemas ficarão congestionados.

Outrossim, o ponto de vista que a pessoa adota – risco ou perigo – é capaz inclusive de reorientar em que ou quem as pessoas depositam sua confiança, pois esta tensão é capaz de mudar recursivamente a rede de comunicações do sistema autopoietico, isto implica que a necessidade de haver eficiência e autoridade de prover futura explicação na comunicação ganha destaque, pois a confiança é capaz de aliviar o peso deste congestionamento de informações no sistema, é capaz de criar um foco na discussão e encurtar o caminho para um consenso²⁹¹.

Então, na sociedade há aqueles que fazem as decisões, aqueles que são afetados e todos são observadores. Observa-se quem produzem as decisões e, inevitavelmente, distingue-se como valorar aquela decisão – julga-se – e, conforme Luhmann, esta diferença de visões de observadores de segunda ordem é o que gera tensões, pois: “Entendemos e descrevemos conflitos como consequências de condições sociais sem sermos forçado pelo nosso próprio modo de observação (que depende tanto das distinções individuais como das dos outros) para tomar partido (tradução nossa a partir do inglês)”²⁹².

Este grupo de afetados é um grupo disforme e heterogêneo. Hoje em dia a diferenciação é tão grande que não teria como ocorrer um envolvimento de todos os afetados e, portanto, sempre haveria aqueles excluídos das decisões²⁹³. A humanidade não decide nada, apenas alguns decidem. Luhmann conclui então que a intervenção social deve atacar no ponto

²⁹⁰ AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **PNAD Contínua 2018**: 10% da população concentram 43,1% da massa de rendimentos do país. 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25700-pnad-continua-2018-10-da-populacao-concentram-43-1-da-massa-de-rendimentos-do-pais>. Acesso em: 03 jun. 2020.

²⁹¹ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 112-117.

²⁹² LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 108.

²⁹³ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 108-109.

da decisão e não no envolvimento de todos os afetados, pois isto provavelmente só agravaria o problema da superestimação dos riscos e da subestimação dos riscos²⁹⁴.

Nisto o Sistema Político se apresenta como um sistema de controle social²⁹⁵ e, em um Estado com diversos direitos sociais, isto predispõe a que a política seja melhor avaliada pelo agir, do que pelo não agir, pois o sistema político pode tornar perigos em riscos internos e – em tese – cujas probabilidades de perda são mais conhecidas. Já quanto às diversas opiniões “Estas reflexões implicam em que, na gestão de riscos, o curso do tempo desempenha um papel importante e, talvez, politicamente decisivo (tradução nossa a partir do inglês)²⁹⁶”.

A questão de sucessivamente sobrestimar ou superestimar os riscos do sistema pode gerar uma quebra de confiança dos afetados naqueles que tomam as decisões. Os afetados decidem se querem ou não confiar naqueles que decidem. A confiança, portanto, é uma forma de diminuir a complexificação da comunicação. Quando esta confiança é quebrada e os afetados sofrem as consequências disso, é necessário ter uma rede de apoio social e legal para não deixar estas pessoas desalentadas por razões alheias a ela.

Todavia não é adequado vincular, regular e restringir a atuação dos decisores por meio de penalidades pela “quebra de confiança” – salvo o que for comprovadamente ilegal –, pois isso pressuporia que o decisor tem total controle sobre os ganhos e as perdas, então se ele gerasse uma perda seria proposital²⁹⁷. Ocorre que o decisor sequer tem total controle, ainda que ele tenha acesso a mais informações, então este tipo de regulação apenas faria com que ficasse receoso, possivelmente postergando e titubeando para tomar a decisão, ou até mesmo, perdesse a oportunidade²⁹⁸. O sistema político possui um “tempo diferente” que dificulta qualquer imposição dessa natureza. Este tempo está ligado aos mandatos, eleições sessões legislativas etc., de forma que é relevante para eles tanto o peso eleitoral de certas decisões como, a depender da ideologia, ainda tendem a modificar completamente as políticas de seu predecessor e é exatamente por esta razão que o Sistema Político é fechado e operado pelo

²⁹⁴ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 110-111.

²⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 172.

²⁹⁶ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 164.

²⁹⁷ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 122-123.

²⁹⁸ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 149-151.

código ter poder (governo)/ não ter poder (oposição), pois outros códigos não se encaixariam nesta lógica recursiva própria de máquinas históricas não-triviais²⁹⁹.

Em verdade, não é possível ao gestor público captar as nuances de cada sistema e tentar fazer isto – tentar prever o impacto de suas decisões em cada sistema – complexificaria tanto a tomada de decisão que faria com que ela se tornasse inviável³⁰⁰, pois seria extremamente burocrática, lenta e, ainda assim, seria impossível prever todas as possibilidades – “Em vez disso tem que fazer suposições informais sobre os efeitos e, sobretudo, sobre a aceitabilidade de suas próprias decisões (tradução nossa a partir do inglês)³⁰¹”. E, mesmo que ele se baseasse em provas racionais, escolhendo aquela decisão que será a probabilisticamente correta, ainda, assim, no caso de desastre, os afetados não se importariam com números, pois esta visão sobre risco e perigo não é objetiva. Fica claro para o sociólogo que buscar confiança para lidar com riscos não é o principal problema e não pode-se lidar com a questão risco desta forma, pois isto pressuporia que a pessoa em quem se deposita a confiança tem total controle de todas as contingências e decide propositalmente por uma ou outra situação³⁰².

A esta altura já deve ter ficado claro que para Niklas Luhmann o principal problema reside em operações de comunicação – mais precisamente, entre a tensão existente entre o sistema social e o sistema temporal. Por um lado, as decisões são feitas em um ponto no tempo, se ligam às operações anteriores, por outro lado não é possível prever com total assertividade qual será as implicações destas decisões, por isso:

O mecanismo de atribuição de riscos às decisões é uma operação *circular*. As consequências negativas incertas que alguém pode atribuir às decisões são parte do risco de se tomar a própria decisão. Por esta razão, as mudanças ambientais impulsionadas pelas complexidades estruturadas da sociedade e o risco que alguém deseja que seja considerado, tratado e evitado, são tomadas para serem *as consequências das decisões* e vice-versa [tanto as mudanças ambientais como como os riscos que se deseja considerar, tratar e evitar são tidos como consequências das decisões] (tradução nossa a partir do inglês).³⁰³

²⁹⁹ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 164.

³⁰⁰ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 117-119.

³⁰¹ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 149.

³⁰² LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 123.

³⁰³ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 119-120.

O Sistema Político é um sistema fundamentalmente operado por comunicações³⁰⁴ e sua influência vai além da implementação do que foi decidido, pois o que está sendo discutido no sistema político em abstrato já é capaz de gerar mudanças no sistema social e as decisões produzidas para se prevenir de riscos podem gerar outros. Na governança, quanto mais o Estado interfere na sociedade, maiores os riscos, pois, como apresentado, pessoas muito dependentes de um Estado tendem a ser arquétipo dos padrões biográficos criados pelas decisões do Estado.

Na difusão exponencial de informações que há hodiernamente todo mundo se torna um observador de segunda ordem avaliando com base em seus valores se aquelas foram as melhores escolhas. Ocorre que nem sempre é possível distinguir o que é consequências de decisões e o que são causalidades. Já o que é considerado seguro para um, pode não o ser para outro, então sempre haverá divergências que – na observação do risco – não se trata de certo ou errado, mas sim de decisões tomadas.

Uma vez que não é possível incluir todo mundo nas decisões, uma solução conhecida é que eles sejam *representados*, mas como a democracia já existe e não tem sido suficiente para filtrar todas as demandas, o sociólogo sugere que esta representação só poderia ter espaço em *organizações parademocráticas* ou *paraestatais*³⁰⁵, para que a comunicação possa fluir nos locais de forma organizada, pois “Organizações se comunicam com organizações. Esta é a única maneira de entidades coletivas realizar com êxito comunicação em nome de círculos maiores de grupos afetados (tradução nossa a partir do inglês)³⁰⁶,” na busca de reconstruir o universo das observações de cada qual³⁰⁷.

³⁰⁴ “Aliás, temos que levar em consideração que política não é simplesmente uma rede de ações influenciando umas às outras. Política é, em um sentido primariamente fundamental, comunicação. Podemos dizer: uma continua sintetização de informação, transmissão e compreensão que reproduz o sistema momento a momento. Se prestarmos atenção apenas na ação comunicada, perderemos de vista o fato de que quando esta ação é identificada é sempre observada, atribuída um valor e, quase simultaneamente neste momento, produz efeitos que podem ir muito além dos pretendidos pelo ator. A cada momento as notícias políticas se tornam conhecimento; ou melhor, o Sistema opera sob a ficção de que é assim que são as coisas [...] (tradução nossa a partir do inglês)”. LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 161.

³⁰⁵ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 110-111.

³⁰⁶ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 154.

³⁰⁷ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 230.

Ora, mas podem perguntar: de que adianta uma comunicação organizada se de qualquer forma é impossível tomar decisões completamente seguras? Em suma, o sociólogo responde da seguinte maneira:

Ciências, por exemplo, têm suas publicações e um sistema altamente seletivo de revisão. Observam os colegas não como eles observam, mas por meio de sua publicação. Para a economia, a concorrência tem a função de uma barreira de comunicação que, no entanto, não impede a observação de observações que operam via mercado. Para o sistema político, o mesmo princípio se aplica, com a opinião pública provendo o espelho [...] (tradução nossa a partir do inglês).³⁰⁸

A opinião pública é um indicativo sobre os resultados das políticas públicas implementadas, em que o decisor não tem conhecimento de como sua decisão impactou outros sistemas, esta opinião pública pode refletir quais foram os impactos, repercussões e influências. Não é para esta opinião pública ser vinculativa e sim que o decisor tenha discricionariedade para agir. Isto apenas serviria de parâmetro para futuras decisões, pois, em que pese seja impossível prever os novos futuros impactos, é possível ter noção e vislumbrar possibilidades mais ou menos prováveis. Mas como o decisor não pode ouvir todos ao mesmo tempo, o que deveria se buscar são os meios de *comunicação organizados de representação social*. É necessário diálogo para que se coopere e ambas as partes considerem viver em um intermediário de riscos (oportunidade) e segurança. Com isto, o sistema político seria influenciado e poderia sofrer mudanças estruturais internas e externas. Externamente o sistema político reivindicaria o controle, seria um meio de acesso e abertura para outros objetos. Internamente haveria a transmutação de um risco em outros conforme a definição de risco que cada política prioriza, assim:

[...]Todo risco relaciona à política pode e deve, mais do que tudo, ser entendido como um tipo de experimento natural. Apenas a implementação irá mostrar quais consequências se seguirão, quais decisões os observadores desta política fazem e, assim, para qual direção os riscos estão se deslocando. Mas por este tempo não se estará mais na posição de revisar a decisão inicial e de desfazer o que foi feito. Depara-se com circunstâncias definidas como “novas” e, conseqüentemente, tem-se que buscar soluções políticas (tradução nossa a partir do inglês).³⁰⁹

Apenas a implementação pode finalmente afirmar se ocorrerá a perda ou não. Então é necessária uma constante reavaliação com *feedback* para as decisões subsequentes de cada tempo e lugar. Assim como é necessária uma visão de pessoas de diversos sistemas que se

³⁰⁸ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 227.

³⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 156, 163-165.

pode encontrar em Conselhos de representação social que é um espaço de comunicação organizada, tanto para ter visões de observadores de segunda ordem, mas sobretudo, para encontrar coerência nas observações de primeira ordem feita pelos gestores.

Observa-se que há divergências de ideias em relações as de Ulrich Beck, pois para Luhmann o Sistema Político é um sistema fechado pelo código ter-poder/não-ter-poder, enquanto Beck defende que é ilusória a ideia de que exista um monopólio da política e que deveria haver um esmaecimento das fronteiras da política abrindo espaço para a subpolítica, inclusive para que os centros causais de produção de risco parassem de fugir de sua responsabilidade para jogar tudo na política.

Entretanto, o Conselho que é problematizado neste estudo não chega a conflitar com estas ideias³¹⁰, pois o Conselho Nacional de Seguridade Social era mais um órgão consultivo e de fiscalização do que um órgão com capacidade decisória. Estes conselhos podem ser municiados com técnicos e, todavia, não lhes foi delegado o ato decisório: é o governo quem decide. Estes Conselhos seriam apenas o meio de comunicação organizada paralela que poderia subsidiar as decisões do Governo para que tenham um parâmetro: é um órgão de deliberação.

Por fim, pela forma de Luhmann expor, estes espaços são importantes para se buscar um consenso, enquanto Marcelo Neves não entende que necessariamente deve haver consenso no conteúdo das decisões em um Estado Democrático de Direito, mas apenas deve haver consenso na forma do procedimento para a realização destas decisões. Então que tipo de instituição seria adequada para concretizar o artigo 194 *caput* e parágrafo único, inciso VII, da Constituição Federal? É sobre isto que se passa a estudar.

Em coerência com as visões até então apresentadas, a verdade é que as pessoas nunca serão plenamente soberanas cognitivamente para fazer uma decisão livre de riscos — não é possível ver aquilo que não se pode ver e aceitar o que não é possível controlar. Isto é um primeiro passo, isto inclui o fato de que se vive em uma democracia e a cada quatro anos o novo governo a ter poder poderá fazer como julgar melhor — um ponto de vista de um prevalece sobre outro —, pois existe um poder e um contrapoder. No Estado Democrático de Direito não é possível vincular a decisão dos governantes em nome da estabilidade, segurança e confiança.

³¹⁰ Não generalizamos para dizer que em todo e qualquer caso as ideias de Luhmann e Ulrich Beck são totalmente compatíveis. Uma comparação mais aprofundada seria objeto de todo um outro trabalho monográfico.

Mas então, qual é a importância do Conselho Nacional da Seguridade Social para a proteção do risco social se não é uma instituição que nunca teve decisões vinculantes e que vinculá-las não as faria mais seguras (nem mais democráticas) do que a decisão do atual governante? Isto só não evidencia a auto incapacitação da política por causa das demandas do conselho que não são atendidas?

3 O CONSELHO COMO GESTOR DE RISCOS SOCIAIS DENTRO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

A conquista dos direitos sociais é uma conquista histórica que ocorre paulatinamente. Já os direitos da seguridade social fazem parte do bloco dos direitos de segunda geração e necessitem de uma atuação positiva do Estado para garantir não apenas uma igualdade formal perante a lei, mas também uma igualdade material real. Em particular estes direitos da seguridade social têm, como apresentado com Horvath Junior, como características a “[...] historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universabilidade, inviolabilidade, interdependência e complementariedade. Sendo que a Solidariedade é a base do Sistema de Seguridade social”³¹¹.

Para concretizar esta interdependência e integração entre a saúde, assistência social e previdência social, foi criado em 1993 – já com atraso – o CNSS. Contudo, após seis anos de existência, esta instituição foi extinta. Um período tão curto como esse não permite a uma instituição³¹² criar distinções³¹³ o suficiente para se tornar cada vez mais única, não permite, com a implementação, ver o que funcionaria na prática ou não, nem que as informações dali geradas tenham redundância³¹⁴ o suficiente para se estabelecerem. Então o que havia sido idealizado na ideia-diretriz³¹⁵ da Constituição, qual seja uma esfera pública pluralista, que se manifesta também na participação social na área da seguridade social, visto que ela impacta diversas padrões biográficos³¹⁶ e tende a ter constante mudanças com a supercomplexificação da sociedade³¹⁷, foi extinto.

³¹¹ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Os direitos Fundamentais e a seguridade social**. Âmbito Jurídico. 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/os-direitos-fundamentais-e-a-seguridade-social/>. Acesso em: 03 jun. 2020.

³¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. **Quadro de referência de uma política pública**: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-paula-dallari-bucci/quadro-de-referencia-de-uma-politica-publica-primeiras-linhas-de-uma-visao-juridico-institucional>. Acesso em: 03 jun. 2020.

³¹³ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 51.

³¹⁴ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8. II, posições 5.694-5.734.

³¹⁵ HAURIOU, 1968 apud BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 222-223.

³¹⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 195.

³¹⁷ SALLENAVE, Thyago Virgílio. Estado democrático de direito e a constitucionalização simbólica. In: coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.]. **Caderno de pós-graduação em direito**: prática processual constitucional e administrativa. Brasília UniCEUB: ICPD, 2019, p. 05.

A perpetuação da participação social no ato de soberania³¹⁸ se deve inclusive ao fato de que foi difícil criar consenso em relação aos direitos da seguridade social. Portanto haveria uma constante possibilidade de perpetuar esta comunicação³¹⁹ – entre consensos e dissensos – com a gestão quadripartite, isto seria uma manifestação democrática da pluralidade política e da vontade. Em vez desta gestão plural constitucional, tem-se o monopólio da política³²⁰ pelo governo, sem um controle social e fiscalização que permitam garantir que estes direitos de segunda geração não retrocedam paulatinamente a uma mera situação de igualdade formal aumentando o grupo de subintegrados³²¹ típicos da modernidade periférica³²². A decisão tomada pelas sucessivas medidas “provisórias” proferidas pelo Poder Executivo e a seguinte omissão por parte do legislativo, se tornou um perigo para que o povo consiga manter os direitos até então conquistados. É uma alopoiese³²³ do Sistema do Direito pelo Sistema Político por meio do esvaimento da Constituição enquanto acoplamento estrutural³²⁴. Por outro, excluir o povo onde a Constituição previu sua participação é enfraquecer o acoplamento estrutural do Sistema Político baseado no Estado Democrático de Direito. É sobre estes entrelaçamentos que se passa a discorrer.

³¹⁸ Para Rousseau vontade traduz-se no seguinte conceito: juntando-se as vontades particulares, destruindo-se mutuamente as vontades mais para um extremo e mais para o outro extremo, resta – da sobra destas diferenças de vontades particulares intermediárias – a vontade geral. Propende à igualdade, se refere apenas ao interesse comum, obriga e favorece igualmente todos os cidadãos. Visa a felicidade e liberdade de todos e só ela pode dirigir as forças do estado em conformidade com o objetivo de sua instituição através do ato de soberania (o próprio exercício da vontade geral). ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 38-43, 114-115, 126-127.

³¹⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 10.I, posição 507-518, 7.093-7.103.

³²⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 338.

³²¹ NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 132-134.

³²² “A constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um problema fundamentalmente da modernidade periférica. Não utilizo o modelo ‘centro/periferia’ da forma simplificadora ideologizante das ‘teorias da exploração’ dos anos sessenta e setenta. Recorro a essa dicotomia principalmente para enfatizar que se trata de uma e da mesma sociedade mundial, não de sociedades tradicionais *versus* sociedades modernas, como se uma diferença de ‘antes e depois’ estivesse na base dos diferenciados níveis de desenvolvimento social. Parto da constatação de que o advento da sociedade moderna está intimamente vinculado a uma profunda desigualdade econômica no desenvolvimento inter-regional, trazendo conseqüências [sic] significativas na reprodução de todos os sistemas sociais, principalmente no político e no jurídico, estatalmente organizados”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 170-171.

³²³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 170.

³²⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 65-67.

3.1 Aspectos sociais entre o risco social e a seguridade social

É fato que todas as pessoas correm riscos, conforme visto em Niklas Luhmann³²⁵, o risco produzido por um decisor é o perigo de outra pessoa³²⁶. A questão é que a distribuição deste risco é feita de forma desigual³²⁷ e qual seria uma razão disto? As pessoas não têm as mesmas capacidades de lidar com estas situações de perda (perda ou risco), então para evitar que a população não fique dependendo da conjuntura econômica, o Brasil resolveu perpetuar e ampliar na Constituição Cidadã a proteção preventiva do risco social – em parte é sim uma escolha valorativa que faz parte da ideia-diretriz do Estado Democrático de Direito brasileiro.

A terminologia “afetados” e “ainda-não-afetados”³²⁸, não se basta para diferenciar as pessoas com maior ou menor capacidade de lidar com o risco individualmente, já que todos podem ser afetados, independentemente de sua classe social, pois há, até certo ponto, o efeito equalizador³²⁹ trazido por Beck, mas este estudo de Ulrich Beck é sociológico e analisa grupos. Por isto, apropria-se da terminologia de Rosane Janczura³³⁰ apenas para a reflexão deste tópico. Em vez de risco a autora fala de *vulnerabilidade*, mas acrescenta-se vulneráveis *latu sensu* ou, usando termo do léxico de Beck, *vulnerabilidade social*³³¹, visto que os segurados da assistência social são exatamente os vulneráveis no termo da lei. Assim, *vulneráveis latu sensu* ou *sociais* são aqueles afetados e ainda-não-afetados com baixa capacidade individual responsiva às situações de risco e perigo enfrentadas – seja uma baixa capacidade de lidar com os riscos a longo prazo ou temporariamente em razão de um evento³³².

Esta diferenciação é relevante para este estudo da proteção ao risco social, pois enquanto falou-se em particular das discussões entre conselheiros que representariam a gestão quadripartite – grupos sociais – fala-se de proteger estes grupos do risco social por meio do

³²⁵ Ou para Beck, o risco de uma pessoa é incerteza fabricada para outro, apenas uma questão de terminologia, mas com ideias equivalentes neste caso.

³²⁶ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 23-24.

³²⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 23.

³²⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 47.

³²⁹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 43.

³³⁰ JANCZURA, Rosane. Risco ou vulnerabilidade social?. **Textos & Contextos**. Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 301 - 308, ago./dez. 2012.

³³¹ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 366.

³³² JANCZURA, Rosane. Risco ou vulnerabilidade social?. **Textos & Contextos**. Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 301 - 308, ago./dez. 2012, p. 307.

apoio do Estado. Mas o fato de o risco ter um efeito equalizador, às vezes, não afasta o fato de que ele também recai de forma variável conforme as classes sociais³³³.

Os conceitos de risco até então trabalhados podem fazer recair uma responsabilidade sobre o indivíduo que é quem deve buscar soberania cognitiva³³⁴, cidadania, conhecimento para tomar as melhores decisões possíveis, buscar oportunidades³³⁵ nos riscos e, caso não deem certo, a responsabilidade seria deles que optaram por correr este risco. Esta forma de pensar pode parecer muito individualista e que marca mais um déficit do pensamento social³³⁶.

Se o poder constituinte achou que havia a necessidade de dar suporte para as pessoas responderem melhor a estas situações, se deve a um Sistema da Seguridade Social baseado na solidariedade³³⁷, ou seja, o ônus das contingências são arcados pela sociedade como um todo que fazem um fundo preventivo – o Orçamento da Seguridade Social. O objetivo com isto era fortalecer a Seguridade Social, aqueles que podem contribuir e os que não podem. Não era o objetivo usar o princípio da solidariedade como justificativa da sociedade ter que suportar com igual hígidez a crise orçamentária por meio do desmantelamento da seguridade social como consequência da crise. A solidariedade como princípio da seguridade social possui um componente de motivação normativa, mas também existe um componente ético que não se confunde com a solidariedade usada como instrumento na Previdência social cujo fulcro é mais retributivo³³⁸.

³³³ Embora Rosane Janczura faça esta distinção um pouco mais específica entre os termos, isto não quer dizer que Ulrich Beck não tinha este pensamento social, apenas que sua teoria não tinha este enfoque mais individual, mas sim do viés da sociedade: “[...] Nos últimos anos, porém, a vulnerabilidade social se tornou uma dimensão fundamental nas análises sobre desigualdade social na sociedade mundial de risco: processos e condições sociais produzem uma exposição desigual a riscos que mal podem ser definidos, e as desigualdades decorrentes devem ser vistas principalmente como expressão e produto das relações de poder no contexto nacional e global. A *vulnerabilidade social* transforma e radicaliza a categoria ‘classe’: é um conceito-síntese, abarcando meios e possibilidades que indivíduos, comunidades ou populações inteiras têm à sua disposição para poder enfrentar – ou não – as ameaças da mudança climática”. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 364-366.

³³⁴ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 64.

³³⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 56.

³³⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 30.

³³⁷ HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Os direitos Fundamentais e a seguridade social**. Âmbito Jurídico. 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/os-direitos-fundamentais-e-a-seguridade-social/>. Acesso em: 03 jun. 2020.

³³⁸ MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 1982, p. 56-61.

Neste cenário, os Conselhos seriam um canal paralelo de comunicação organizada semi-parademocrática³³⁹, este diálogo entre pelo menos trabalhadores, empresários, aposentados e o governo deve acontecer em uma arena política. Cada representante teria uma forma específica de ver os problemas baseado no subsistema que representam. Podem debater para achar soluções que possam ser mais eficazes enquanto resolvem o problema de dois ou mais subsistemas ao mesmo tempo, pode haver troca de informações o que poderia gerar uma empatia para entender o outro lado – ou não.

Este Conselho não se presta a tomar decisões e, portanto, não precisa atingir um consenso em si, precisa ter consenso nos procedimentos para ter uma área livre onde podem dissentir uns dos outros³⁴⁰ e, ao final do procedimento, elencar as principais ideias e contrários. Como em um acórdão que fala as razões do voto vencedor e as razões do voto vencido.

Uma arena serve para ser um espelho para o Sistema Político³⁴¹. Serve para dar voz inclusive aos afetados e parte dos vulneráveis, especialmente porque o que é decidido ali tende a se tornar padrões biográficos em suas vidas.

Feita esta observação o que se pretende dizer é que os Conselhos exalam o pluralismo político típico do Estado Democrático de Direito, sendo este espírito o que caracteriza os Conselhos como instituições que visam gerar sugestão de decisões para que o governo aplique na sociedade. O Sistema Político não tem conhecimento de todos os subsistemas sociais e este espaço permite ao governo ter um vislumbre disso para não implementar políticas tão ofensivas para os sistemas que irão influenciar e nem impor abruptos padrões biográficos que não encontram correlação com a sociedade³⁴².

Em que pese os conselheiros possam ser distintos com mandatos temporários, haveria ao menos uma continuidade mínima se estes conselheiros vierem do subsistema que representam, este poderia ser um pequeno ponto de equilíbrio para o fato de que a cada quatro anos as políticas públicas podem mudar radicalmente de forma que não tem como subordinar

³³⁹ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 110-111.

³⁴⁰ NEVES, Marcelo. **Entre o Têmis e o Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 151-152.

³⁴¹ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 227.

³⁴² JANCZURA, Rosane. Risco ou vulnerabilidade social?. **Textos & Contextos**. Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 301 - 308, ago./dez. 2012, p. 305.

o sistema político as visões do governo anterior, mas pode sensibilizá-los para a situação contemporânea daqueles subsistemas.

Por fim a Seguridade Social na Constituição Federal foi idealizada para ser pensada conjuntamente como uma macro política. Consequentemente é essencial que exista um órgão capaz de acompanhar a macro política de seguridade social e não apenas as partes. Manter esta omissão de centralização da gestão seria desdenhar do fato de que as partes da seguridade social interferem entre si. Ignorar isto é fazer com que estas três áreas concorram desconjuntamente, é necessário a visão macro política para sintonizar estas três áreas e fazerem com que ajam em prol objetivos fundamentais preconizados na Constituição Federal por meio da proteção do risco social.

3.2 Possibilidades jurídicas de proteção desta instituição inconstitucionalmente extinta

A ADI nº 2.065/DF³⁴³ encontrou, por ocasião do julgamento da medida cautelar, o revés de sequer ser conhecida, pois ela impugnava uma Medida Provisória que extinguiu alguns dispositivos da Lei nº 8.212/91 – era um ato normativo secundário. Logo, não pode ser objeto de ADI. Mas, qualquer forma se levantou discussão do Princípio de Vedação do Retrocesso. Por outro lado, a ADI por omissão nº 2.634/DF³⁴⁴ também não foi conhecida de plano, mas ela será estudada logo mais.

Já em um Mandado de Injunção é necessário demonstrar um interesse jurídico concreto, porém não existe um dano individualizado para se usar deste instituto jurídico em um caso concreto³⁴⁵.

³⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2065 DF**. Ação Direta De Inconstitucionalidade. MP 1911-9/99. Norma de natureza secundária. Violação indireta. impossibilidade de exame em sede de controle concentrado de constitucionalidade. 1. É incabível a ação direta de inconstitucionalidade quando destinada a examinar ato normativo de natureza secundária que não regule diretamente dispositivos constitucionais, mas sim normas legais. Violação indireta que não autoriza a aferição abstrata de conformação constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 17/02/2000, Data de Publicação: DJ nº 43, 01/03/2000. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1778260. Acesso em: 03 jun. 2020.

³⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2065 DF**. Ação Direta De Inconstitucionalidade. MP 1911-9/99. Norma de natureza secundária. Violação indireta. impossibilidade de exame em sede de controle concentrado de constitucionalidade. 1. É incabível a ação direta de inconstitucionalidade quando destinada a examinar ato normativo de natureza secundária que não regule diretamente dispositivos constitucionais, mas sim normas legais. Violação indireta que não autoriza a aferição abstrata de conformação constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 17/02/2000, Data de Publicação: DJ nº 43, 01/03/2000. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1778260. Acesso em: 03 jun. 2020.

³⁴⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, posição 36.314-36.317.

A hipótese inicial era de que poderia ser objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Em que pese o presente estudo indique que há preceitos fundamentais sendo violados, ainda assim, esta Ação Constitucional não seria adequada por questões formais.

Primeiro porque é uma violação reflexa à Constituição Federal, pois apesar do fato de que Medida Provisória deveria ser, por natureza, ato normativo de urgência³⁴⁶, observa-se que as MP aqui questionadas possuem natureza de Ato Regulamentar. Portanto, não poderiam ser objeto de ADPF com base na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁴⁷. Porém que, *ad argumentum*, poderia ser viável aplicar a técnica do *distinguishing*³⁴⁸ visto que esta jurisprudência consolidada em geral se refere a Direitos Individuais e em afronta mais ao princípio da legalidade, entretanto, o presente caso se refere a um Direito Social que perdeu a sua eficácia em razão de tal ato regulamentar. Assim, considerando o Princípio da Vedação de Retrocesso e o vácuo normativo deixado, poderia se fundamentar haver uma distinção em relação a este caso, argumento semelhante será aprofundado em tópico específico deste estudo.

Segundo, após estudo das decisões das ADI's nºs 2.065/DF e 2.634/DF, conclui-se que o ideal seria apresentar uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e, em sendo este o caso, a ADPF também não poderia ser aceita em razão do Princípio da Subsidiariedade da ADPF, em que pese Gilmar Mendes discorra sobre relativa fungibilidade

³⁴⁶ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do poder de legislar**: Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 210.

³⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro rejeita ADPF que questionava normas sobre cultivo de camarões. **Notícias STF**. Publicada em 05/03/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=261650&caixaBusca=N>. Acesso em: 03 jun. 2020.

³⁴⁸ "Inicialmente, cabe frisar que a aplicação de um precedente judicial - na hipótese dos autos os recursos repetitivos REsp1.614.721/DF e 1.631.485/DF (Tema 971) - apenas pode ocorrer após a aplicação da técnica da distinção (*distinguishing*), a qual se refere a um método de comparação entre a hipótese em julgamento e o precedente que se deseja a ela aplicar. A aplicação de tese firmada em sede de recurso repetitivo a uma outra hipótese não é automática, devendo ser fruto de uma leitura dos contornos fáticos e jurídicos das situações em comparação pela qual se verifica se a hipótese em julgamento é análoga ou não ao paradigma. Dessa forma, para a aplicação de um precedente, é imperioso que exista similitude fática e jurídica entre a situação em análise com o precedente que visa aplicar. A jurisprudência deste STJ aplica a técnica da distinção (*distinguishing*), a fim de reputar se determinada situação é análoga ou não a determinado precedente. Nesse sentido: RE nos EDcl no REsp 1.504.753/AL, 3ª Turma, DJe 29/09/2017; REsp 1.414.391/DF, 3ª Turma, DJe 17/05/2016; e, AgInt no RE no AgRg nos EREsp 1.039.364/ES, Corte Especial, DJe 06/02/2018.". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AREsp: 1254567 SP 2018/0043565-7**. Direito Processual Civil. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial. Aplicação da técnica da distinção (*Distinguishing*). Distinção entre a hipótese dos autos com questão decidida em sede de Recurso Repetitivo. Súmula 182 Do STJ. (...) Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 14/08/2018, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 16/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1736008&num_registro=201800435657&data=20180816&formato=PDF. Acesso em: 03 jun. 2020.

entre a ADPF e a ADI por Omissão Parcial³⁴⁹. Volta-se então para a Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão. Sobre a importância deste instituto, assim se referiu Gilmar Mendes:

[...] Ela é fundamental sobretudo para a concretização da Constituição como um todo, isto é, para a realização do próprio Estado de Direito Democrático, fundado na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho, da iniciativa privada, e no pluralismo político, tal como estabelecido no art. 1º da Carta Magna. Assinale -se, outrossim, que o estudo da omissão inconstitucional é indissociável do estudo sobre a força normativa da Constituição.³⁵⁰

Neste mesmo sentido, o Ministro Relator Sepúlveda Pertence abordou o tema em seu voto da ADI nº 2.065/DF, no qual ressaltou que aquilo que se proíbe é retroceder a um vácuo normativo:

Pouco importa. Certo, quando já vigente à Constituição, se editou lei integrativa à plenitude da eficácia, pode subsequente [sic] o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não se pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.

Vale enfatizar e esclarecer o ponto.

Ao contrário do que supõe as informações governamentais, com o admitir, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora de Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulação integradora precedente – pré ou pós constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária.³⁵¹

³⁴⁹ “Tem -se, pois, aqui, uma *relativa* mas inequívoca *fungibilidade* entre a ação de inconstitucionalidade – direta ou no contexto da arguição de descumprimento – e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que as duas espécies – o controle de normas e o controle da omissão – acabam por ter, formal e substancialmente, o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, posição: 35.317-35.320.

³⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, posição: 30.570-30.573.

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2065 DF**. Ação Direta De Inconstitucionalidade. MP 1911-9/99. Norma de natureza secundária. Violação indireta. impossibilidade de exame em sede de controle concentrado de constitucionalidade. 1. É incabível a ação direta de inconstitucionalidade quando destinada a examinar ato normativo de natureza secundária que não regule diretamente dispositivos constitucionais, mas sim normas legais. Violação indireta que não autoriza a aferição abstrata de conformação constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 17/02/2000, Data de Publicação: DJ nº 43, 01/03/2000. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1778260. Acesso em: 03 jun. 2020.

Em seguida se permite uma digressão sobre o artigo 246 da Constituição Federal, falando da ingerência do poder executivo no legislativo em que o governo conduzia a coisa pública como normas arbitrárias ao lhe ser permitido reeditar medidas provisórias eternamente sem o aval do poder legislativo:

Trata-se de um fruto curioso, quase exótico, no regime de desmonte do perfil social-democrático da Constituição de 1988 em favor de sua crescente conversão neoliberal, à custa de sucessivas emendas.

Para aceitá-las, parece ter o Parlamento cobrado, com a imposição do novo art. 246, a um tempo, a remição e a remissão do pecado capital da Constituição de 1988, ou seja, a moldagem da medida provisória, que tem resultado na virtual abdicação dos seus poderes de governo: já que, mediante sucessivas emendas constitucionais, se projetava – como se tem feito – substituir por outra Constituição econômica-social de 1988, o art. 246 pretendeu assegurar ao menos que, na implementação de nova ordem, o Congresso – vedado o apelo às medidas provisórias – preservasse o seu poder de influência.³⁵²

O Ministro Sepúlveda Pertence ainda asseverou que os direitos sociais e as normas programáticas possuem pelo menos uma eficácia negativa desde a sua promulgação, ou seja, mesmo que não fosse possível implementar estes direitos sem a coordenação com o poder executivo, então no mínimo era garantido não agir na direção contrária a estas normas e, uma vez implementados, era possível modificar a forma de prestação destes direitos, mas não reduzi-los ou extingui-los completamente – é a objeção do Ministro:

No caso, é evidente que, data venia, se se estende que um órgão é necessário à implementação de uma norma constitucional, a sua extinção poderia receber a cesura de inconstitucionalidade.

No mais, deixei muito claro que adiro à necessidade de assegurar essa eficácia negativa mínima das normas programáticas, de acordo com a doutrina contemporânea, dominante no Brasil e alhures. E me parece que a oposição dos óbices suscitados apenas esvazia, como outras decisões já têm esvaziado, a função de guarda da Constituição, que é a mais eminente deste Tribunal.³⁵³

³⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2065 DF**. Ação Direta De Inconstitucionalidade. MP 1911-9/99. Norma de natureza secundária. Violação indireta. impossibilidade de exame em sede de controle concentrado de constitucionalidade. 1. É incabível a ação direta de inconstitucionalidade quando destinada a examinar ato normativo de natureza secundária que não regule diretamente dispositivos constitucionais, mas sim normas legais. Violação indireta que não autoriza a aferição abstrata de conformação constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 17/02/2000, Data de Publicação: DJ nº 43, 01/03/2000. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1778260. Acesso em: 03 jun. 2020.

³⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2065 DF**. Ação Direta De Inconstitucionalidade. MP 1911-9/99. Norma de natureza secundária. Violação indireta. impossibilidade de exame em sede de controle concentrado de constitucionalidade. 1. É incabível a ação direta de inconstitucionalidade quando destinada a examinar ato normativo de natureza secundária que não regule diretamente dispositivos constitucionais, mas sim normas legais. Violação indireta que não autoriza a aferição abstrata de conformação constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 17/02/2000,

Apesar da polemização do tema feito pelo Relator, a discussão não foi aprofundada, pois o Ministro Moreira Alves levantou uma questão preliminar, qual seja que Ação Direta de Inconstitucionalidade não deveria sequer ser conhecida, afinal o STF não poderia examinar violações indiretas à constituição.

Mesmo que o Ministro Moreira Alves admitisse *ad argumentum* o ponto do Ministro Sepúlveda Pertence sobre ser inconstitucional gerar uma omissão inconstitucional onde não existia omissão, o Ministro Moreira Alves ainda assim assevera que para que tal inconstitucionalidade se constituísse, seria necessário haver mora inconstitucional. Conforme este Ministro, não seria razoável esperar que no dia seguinte à revogação já exista em pleno vigor uma norma substituta, especialmente porque no caso discutido a norma é de eficácia concreta, ou seja, seria o caso de criar um órgão extinto da noite para o dia. Por conseguinte, como a Medida Provisória questionada foi editada em 1999 e esta liminar foi julgada em 2000, no entender do Ministro Moreira Alves não havia transcorrido tempo o suficiente para afirmar que há mora inconstitucional.

Distingue do discernimento do Ministro Sepúlveda Pertence quem reitera que pelo Princípio da Vedação do Retrocesso Constitucional, não seria sequer necessário constituir em mora esta omissão, pois as normas da Constituição Federal têm eficácia imediata o que implica ao menos a eficácia negativa, em suma uma proibição de retrocesso. Por ocasião do julgamento, o Ministro Nelson Jobim também discorreu sobre o Princípio da Vedação ao Retrocesso Constitucional:

De outra parte, Sr. Presidente, achei encantadora a introdução do Ministro Sepúlveda Pertence sobre a questão da revogação.

Ao tudo e ao cabo, a tese do Ministro Sepúlveda Pertence adere à defendida pelo professor Canotilho sobre a não-retrocesso ou retroação das conquistas sociais, no que diz respeito à sua regulamentação infraconstitucional, não havendo possibilidade alguma desse recurso.

É encantadora a tese quando se refere à revogação por parte do texto infraconstitucional de determinados direitos subjetivos, abstratamente considerados, assegurados no Texto Constitucional e remetidos à lei infraconstitucional.

Mas, aqui não é o caso, ou seja, poderíamos eventualmente discutir que se tivéssemos na Constituição, e temos, um determinado benefício aos trabalhadores, por exemplo, o problema relativo ao auxílio maternidade, na forma da lei; depois temos uma legislação que venha a dar corpo de forma objetiva e faça nascer daí direitos subjetivos individuais em relação a esses

direitos. Se tivéssemos uma norma posterior que revogasse a norma infraconstitucional, que havia dado implementação a uma determinação constitucional poderia ou não ser uma norma? Isso é uma questão a ser examinada não aqui.

Entretanto, os Ministros Nelson Jobim, Maurício Corrêa e o Ilmar Galvão votaram todos com o Ministro Moreira Alves pela não conhecimento da ADI. Contudo, o Ministro Ilmar Galvão deixou uma ressalva para outras situações hipotéticas e conforme o caso concreto, consideraria sim examinar a constitucionalidade de ato que revoga norma:

[...] Reservo-me, por isso, para efetuar o exame da norma revogada, diante de certas situações, como a que foi lembrada pelo eminente [sic] Ministro Sepúlveda Pertence.

Se, por exemplo, a lei limitar-se a revogar determinado dispositivo onde estava prevista a participação do segurado na gestão da previdência, não terei dúvida em examinar o texto e, se for o caso, em concluir pela inconstitucionalidade da revogação, se verificar que desse modo se negou aplicação a uma norma programática da Constituição.³⁵⁴

Seguindo para a ADO nº 2.634/DF a decisão monocrática se baseou em parecer da PGR que possuía quatro³⁵⁵ conclusões:

[1] 18. Conclui-se então que todos os segmentos que compõem o conceito de seguridade social estão devidamente regulamentados com a criação de um Conselho Nacional para cada um deles, com a participação da comunidade neles interessada, não restando, frise-se mais uma vez configurada qualquer omissão por parte do Exmo. Sr. Presidente da República ou do Congresso Nacional. [2] Por oportuno, cabe ressaltar que a participação dos aposentados é obrigatória apenas no Conselho Nacional de Previdência Social, isso porque estas atividades não lhes estão especificamente voltadas.

[3] 19. Por fim, sobre a extinção dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, e do Conselho Nacional de Seguridade Social, pela MP n.º 1911-8/99, tem-se da análise da Exposição de Motivos nº 43, de 7 de abril de 1999, que acompanhou a proposta de reedição da mencionada medida provisória, juntada aos autos às fls.65/67, que tais medidas extintivas se adequaram perfeitamente à reforma constitucional do sistema previdenciário. Conforme ressaltado pelas informações elaboradas pela Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência e Assistência Social, adotadas pela douta Advocacia Geral da União, o Regime Geral de Previdência Social, organizado em nível federal, passa a ser o único sistema subsidiário de Previdência Social, de modo que não caberia mais aos

³⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2065 DF**. Ação Direta De Inconstitucionalidade. MP 1911-9/99. Norma de natureza secundária. Violação indireta. impossibilidade de exame em sede de controle concentrado de constitucionalidade. 1. É incabível a ação direta de inconstitucionalidade quando destinada a examinar ato normativo de natureza secundária que não regule diretamente dispositivos constitucionais, mas sim normas legais. Violação indireta que não autoriza a aferição abstrata de conformação constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 17/02/2000, Data de Publicação: DJ nº 43, 01/03/2000. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1778260. Acesso em: 03 jun. 2020.

³⁵⁵ A numeração de 1 a 4 foi feita por mim.

Conselhos Estaduais e Municipais qualquer interferência no âmbito do Regime Geral, motivo pelo qual foram extintos. [4] Já quanto ao Conselho Nacional de Seguridade Social afigura-se desnecessária, ante a existência dos Conselhos Nacionais de Previdência, Assistência Social e Saúde, a sua manutenção, já que as ações daquele são de competência destes, restando garantida, assim, a gestão democrática e descentralizada da administração da Seguridade Social, conforme exigido pela Carta Constitucional.³⁵⁶

Dessas conclusões a primeira e a última trataram essencialmente do mesmo problema consistente em ser desnecessário um conselho que integre as três áreas da seguridade social, bastando a criação separada dos conselhos para satisfazer o dispositivo constitucional. Contesta-se este raciocínio, pois mais do que existir um Conselho para cada área, ainda é necessário integrá-los atendendo ao *caput* do art. 194, CF/88 sem prejuízo das demais caracterizas.

Já a segunda conclusão foi restritiva ao afirmar que aposentados apenas deveriam estar no Conselho Nacional de Previdência Social, prescindindo-se sua participação dos demais conselhos. Aqui será discutido o que é o carácter democrático a que alude a Constituição Federal, com foco na gestão quadripartite, qual a sua importância e alcance.

Por sua vez, o terceiro ponto tangenciou tanto a questão do carácter democrático, quanto da integralização não apenas entre a saúde, assistência social e previdência social, mas também entre os Estados do Brasil, novamente houve a renúncia desta interpretação.

Estes pontos serão esquadrihados nos tópicos que se seguem ao falar de princípios, mas antes de adentrar este estudo, reflete-se: o Poder Executivo procedeu esta ingerência na Constituição e não deixou caducar a Medida Provisória, o Poder Judiciário se absteve por considerar que não era de sua alçada interferir nesta situação, o Poder Legislativo consumou esta situação com o Art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001 e depois se manteve omissa ao não revogar, deliberar ou regulamentar esta situação.

A ingerência do Poder Executivo forçou o código poder/não-poder sobre o Sistema do Direito sem a intermediação da Constituição³⁵⁷. Ainda assim, alinha-se a Marcelo Neves quando diz que, ainda que haja a alopoiese do Direito, para normalizar a situação em um

³⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2634 DF**. Vistos. O Partido dos Trabalhadores - PT, com fundamento nos arts. 102, I, a e p; e 103, VIII e § 2º, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade por omissão "em face do descumprimento e da falta de emissão de norma regulamentadora do disposto no inciso VII do art. 194 da Constituição, o qual prevê o caráter democrático e descentralizado da gestão quadripartite da Seguridade Social" (fl. 2).(...) Relator: Min. Carlos Velloso, Data de Julgamento: 16/09/2002, Data de Publicação: DJ 23/09/2002 PP-00043.

³⁵⁷ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 145-146.

Estado Democrático de Direito (ou seja, pressupondo que ainda não imperam *gag rules*³⁵⁸), deve-se utilizar os próprios mecanismos estabelecidos pelo Sistema do Direito e pela Constituição para resolver a situação³⁵⁹.

Observa-se então que vinte anos depois da extinção do Conselho Nacional da Seguridade Social, nenhuma instituição semelhante foi criada em seu lugar. Acredita-se que não mais se sustenta o argumento do Ministro Moreira Alves, pois estes vinte anos podem sim constituir uma mora inconstitucional, o que pode ser objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão. Por outro lado, o enfoque da hipótese deste estudo é distinto daquele dado pela ADO nº 2.065/DF, de forma que uma consequência desta hipótese seria a decisão de conhecimento de eventual nova ação de controle concentrado.

Aragonés Vianna também defende a inconstitucionalidade da revogação da norma, afirmando que este ato somado a publicação da Lei nº 11.457/07, que atribuiu à Receita Federal a competência de arrecadar as contribuições de seguridade social, culminaram no desmanche do sistema de seguridade social e também acrescenta:

Agora – aliás, desde 1991 – navega sem rumo o sistema de seguridade social. Em que pese às ações coordenadas nas áreas da saúde, assistência e previdência social, essa coordenação funciona no âmbito interno de cada área, não há uma coordenação externa, com o que pode-se falar apenas precariamente em sistema de seguridade social. [...]

Veja-se que, entre as atribuições do CNSS, estava a de acompanhar e avaliar a gestão econômica, financeira e social dos recursos e o desempenho dos programas realizados, exigindo prestação de contas, o que impediria a eterna prática, inconstitucional, de desviar recursos da seguridade social para outras áreas de governo, inclusive para realização de superávit primário.³⁶⁰

Fábio Zambitte Ibrahim, discorda destas decisões do STF³⁶¹ e afirma com veemência:

³⁵⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 124.

³⁵⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 185-189.

³⁶⁰ VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 45-48.

³⁶¹ Poucos são os autores do direito da seguridade social que opinaram sobre esta decisão. Pesquisou-se: FERNANDES, Ana Elizabete Simões da Mota. **Cultura da crise e da seguridade social: um estudo sobre as tendências da previdência e da assistência social brasileira nos anos 80 e 90**. 4. ed. São Paulo, Cortez, 2008; TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios da previdência social**. 15. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.; TSUTYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008; TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Contribuições para a seguridade social: à luz da Constituição Federal**. Curitiba: Juruá, 2004.; CORREIA, Marcus, Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula, Barcha. **Curso de Direito da Seguridade Social**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013; TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios da**

Apesar do STF não ter verificado, a princípio, a inconstitucionalidade da extinção do CNSS em um Estado que se intitula democrático de direito, não há como defender a extinção do mesmo como mera discricionariedade dos poderes instituídos. O princípio da vedação do retrocesso, o qual impede a involução na implementação das políticas sociais fixadas na Constituição, traz como consequência inexorável a inconstitucionalidade da extinção do CNSS. [...]

Aqui há a exata situação descrita – o legislador cria o CNSS, implementando o direito social da participação na gestão da seguridade e, posteriormente, é o mesmo arbitrariamente excluído sem qualquer garantia análoga de participação democrática na seguridade social.³⁶²

Portanto, observe-se que não é uma questão de excluir a discricionariedade da ação estatal, pois pode ser o CNSS, outro conselho, um Ministério da Seguridade Social ou algum outro órgão colegiado com participação de gestão quadripartite que irá opinar nas políticas públicas da previdência social, da saúde e da assistência social de forma integrada tendo direito de ter acesso às contas públicas do orçamento da seguridade social para que possa efetivamente opinar sobre a política pública vigente.

3.2.1 *O CNSS e o Estado Democrático de Direito*

3.2.1.1 *Estado Democrático de Direito e subincluídos*

Dentro da Teoria dos Sistemas luhmanniana, Neves explica que o *Estado de Direito* envolve o sistema político, cujo código é o poder/não-poder. Contudo, o segundo código desse sistema político é o binário lícito/ilícito, de forma que as decisões políticas devem ser também legais. Entretanto, não há sobreposição de um sobre o outro, mas sim relação sinalagmática de forma que ambos sistemas permaneçam autônomos, porém, se influenciando constantemente. Os sistemas mediatizam as informações por meio do acoplamento estrutural entre eles – a constituição – filtram estas influências (irritações, perturbações ou ruídos) “como formas de dois lados (*Zwei-Seiten-Form*), incluem e excluem, limitam e facilitam

previdência social. 15. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.; MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014; MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário: previdência social**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. t. 2. Porém, há aqueles que defendiam a inconstitucionalidade desde de antes da prolação dessas decisões, como: CARBONE, Célia Opice. **Seguridade social no Brasil: ficção ou realidade?**. São Paulo: Atlas, 1994.

³⁶² IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 75-76.

simultaneamente a influência entre os dois sistemas”³⁶³, ou seja, formam um *vínculo intersistêmico horizontal*³⁶⁴.

A definição luhmanniana, *constituição*³⁶⁵ é o “mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre dois sistemas autônomos”³⁶⁶. Por meio desse acoplamento estrutural, os sistemas negam ou recebem informações do outro, por seu próprio código analisam essa informação que depois pode ser reinserida no sistema de origem para ser trabalhada por seu código originário próprio.

Destarte, o sistema do direito delimita procedimentos legais para a escolha de representantes que, ao passarem por esse sistema se legitimam, enquanto o sistema político irá confeccionar leis no Legislativo, dentre outros exemplos dessa relação. O *Estado de Direito* também cria uma relação entre Estado e Cidadãos na qual cada um possui direitos e deveres a serem cumpridos. Nesse Estado, é definido quais são os direitos fundamentais, sejam de natureza individual ou coletiva. Portanto, o direito não serve apenas para dominação ou para legitimar o poder, mas também para delimitá-lo ³⁶⁷.

Aparentemente tais perturbações constantes enfraquecem o sistema, todavia ocorre exatamente o contrário, a *alterabilidade do direito*³⁶⁸ é fortificada dessa maneira. Cada vez que o sistema permite essa abertura cognitiva, irá por meio da distinção, aumentar o seu repertório sobre o que é ou não parte do sistema. Quanto mais distinções são mediatizadas dentro deste, mais específico, singular e distinto o sistema pode, ainda, se atualizar à medida que a sociedade também muda.

³⁶³ NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56014>. Acesso em: 31 ago. 2019.

³⁶⁴ Já o vínculo vertical pressupõe que um código é mais forte do que o outro, há uma hierarquia, é o caso por exemplo do que ocorre em Estado Autocráticos onde o direito se subordina ao poder.

³⁶⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 55-69.

³⁶⁶ NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56014>. Acesso em: 31 ago. 2019.

³⁶⁷ NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56014>. Acesso em: 31 ago. 2019.

³⁶⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 137.

Essa abertura cognitiva é feita de forma ordenada por meio da constituição para evitar que haja uma sobreposição de códigos, interferências desordenadas – como, por exemplo, o código da economia, religião, amor, amizade. Isso porque impede que critérios meramente morais, valorativos, econômicos ou políticos tenham validade imediata no sistema sem prévia análise pelo código lícito/ilícito³⁶⁹. De tal modo, a constituição enquanto acoplamento estrutural permite que o sistema do direito permaneça fechado. Esse é o Estado de Direito.

Por sua vez, o *Estado Democrático de Direito* pressupõe outro elemento relativo ao sistema político: o *povo*^{370 371}. Se a constituição permite fechamento operativo do Sistema de Direito, o povo permite fechamento operativo do sistema político em uma democracia.

O poder emana do povo, portanto qualquer forma de poder que derivar de interesses exclusivamente econômicos ou particulares não é legitimada de poder no Estado Democrático de Direito. Do mesmo modo, a aplicação de procedimentos democráticos legais decididos previamente por um *povo é o que legitima o poder*³⁷², assim como *a constituição legitima o direito*³⁷³.

³⁶⁹ NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56014>. Acesso em: 31 ago. 2019.

³⁷⁰ O conceito de povo para Rousseau pode ser sintetizado neste trecho: “Enquanto muitos homens reunidos se consideram como um só corpo, têm uma só vontade que se refere à conservação comum e ao bem-estar geral”. ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 125.

³⁷¹ Esta concepção de povo encontra respaldo em Jean-Jacques Rousseau. Sobre esta definição em seu livro, assim afirma Luhmann ao ser citado por Marcelo Neves: “O fechamento do sistema ocorre no ponto em que o público formado de indivíduos, grupos e organizações, recebedor de ordens, importunado administrativamente, torna-se povo; no ponto em que a *volonté de tous* torna-se *volonté générale*”. LUHMANN, 2000 apud NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008, nota 21. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56014>. Acesso em: 1º set. 2019.

³⁷² LUHMANN, 2000 apud NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008, nota 21. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56014>. Acesso em: 1º set. 2019.

³⁷³ “A positividade como autodeterminação do direito significa a exclusão de qualquer supradeterminação imediata do direito por outros sistemas sociais: política, economia, ciência etc. (ver *supra* Cap. I.4). Nessa perspectiva, a relação entre sistemas jurídico e político é horizontal-funcional, portanto, não mais vertical-hierárquica. Nesse novo contexto, sem seus fundamentos políticos e morais, o sistema jurídico precisa de critérios internos não apenas para a aplicação do direito, mas também para a legiferação. Esse papel é atribuído ao direito constitucional. [...] ‘Em outras palavras, a Constituição tem de substituir orientações externas, tais como as que o direito natural havia postulado’”. NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 67, p. 67.

Sobre a relação desses dois sistemas, Marcelo Neves explica que: “a esfera pública abre ambos os sistemas, ou melhor, é a instância de sua heterolegitimação, pois pressupõe procedimentos políticos e jurídicos suscetíveis e abertos às suas instigações e influências”³⁷⁴.

Não há conceito perfeitamente definido, delimitado, acabado e universal sobre o que seja o Estado Democrático de Direito. Entretanto, dentre as noções que se possui sobre o termo, percebe-se a partir da leitura de Neves, que a Constituição permite observar que parte essencial do Estado Democrático de Direito é permitir o pluralismo político. Logo, permite que ideias plurais possam surgir na arena de debate pública e democrática. Dessa forma, a Constituição permite que se tenha divergências em arena pública previamente ajustada.

Neste contexto, Marcelo Neves apresenta o modelo *Estado Democrático de Direito* como “intermediação entre consenso procedimental e dissenso conteudístico”³⁷⁵, porém, para isto é necessário que haja respeito não apenas às normas constitucionais organizacionais e procedimentais, como também é preciso respeitar normas de direito material relativos aos direitos fundamentais como igualdade e liberdade, pois em um espaço que não houvesse estes direitos fundamentais, não teria condições para emergir uma esfera pública pluralista³⁷⁶. Nesta situação haveria apenas a aparência de discussão plural de ideias, mas não reais oportunidades de abrir espaço para o dissenso, esta aparência ainda serviria para mascarar esta realidade legitimando-a.

Em outras palavras, é preciso que haja comum acordo sobre as regras e procedimentos a fim de permitir espaço para que as diferenças possam fluir sem censura, de forma que as pessoas possam discordar umas das outras, mas concordarem com o procedimento que proporcionará legitimidade à decisão final – ainda que não seja a decisão ideal partilhada por absolutamente todos. Em suma, a conclusão de Marcelo Neves:

Diante do exposto, pode-se concluir que o Estado Democrático de Direito, pressupondo reciprocamente uma esfera pública pluralista, legitima-se enquanto é capaz de, no âmbito político-jurídico da sociedade supercomplexa da contemporaneidade, intermediar consenso procedimental e dissenso conteudístico e, dessa maneira, viabilizar e promover o respeito

³⁷⁴ NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56014>. Acesso em: 31 ago. 2019.

³⁷⁵ NEVES, Marcelo. **Entre o Têmis e o Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 151-152.

³⁷⁶ NEVES, Marcelo. **Entre o Têmis e o Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 151-156.

recíproco às diferenças, assim como a autonomia das diversas esferas de comunicação.³⁷⁷

Cabe lembrar que pela Teoria dos Sistemas, a estrutura de um sistema pode se transformar para melhor realizar sua função e que, a princípio, essas mudanças não são necessariamente boas ou ruins, são apenas o que são. Marcelo Neves afirma³⁷⁸ que apesar do Estado Democrático de Direito não excluir estas transformações, é possível mudar os próprios mecanismos mediante seus procedimentos e regras próprios. Entretanto, tais mudanças não poderiam atingir o núcleo normativo do qual depende a própria continuidade dessa esfera pública pluralista ou atingir a própria autonomia dos sistemas político e jurídico.

Nesse ponto, Marcelo Neves tece algumas críticas à teoria dos Sistemas de Luhmann no que concerne a perspectiva empírica. Neves não questiona o modelo teórico que dispõe que a autorreferência é essencial para o fechamento operativo e estrutural do sistema³⁷⁹. Pelo contrário, observando a realidade empírica, chamou de *alopoiese*³⁸⁰ a negação da autorreferência operacional do sistema³⁸¹. Isto é, quando o sistema produz e se reproduz por meio de códigos de outros sistemas que não exclusivamente seu binário.

É justamente esse código binário que permitia o sistema ser normativamente fechado, mas cognitivamente aberto. Quando há desequilíbrio na normatividade do sistema suas fronteiras passam a ficar obtusas, vai perdendo sua identidade e se confundindo com o ambiente.

A teoria dos sistemas de Luhmann é modelo para simplificar a complexidade da realidade e melhor estudá-la, pois quando há sobreposição de códigos fica mais difícil analisar as possibilidades, descrever, delimitar, separar o que pertence a que – diz-se então que há uma *supercomplexificação*³⁸² da sociedade contemporânea. Dessa forma o direito estatal³⁸³ pode

³⁷⁷ NEVES, Marcelo. **Entre o Têmis e o Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 156.

³⁷⁸ NEVES, Marcelo. **Entre o Têmis e o Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 155.

³⁷⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 140-142.

³⁸⁰ “Derivada etimologicamente do grego *állos* (“um outro”, “diferente”) + *poíesis* (“produção”, “criação”) [...]”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 142.

³⁸¹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 142.

³⁸² SALLENAVE, Thyago Virgílio. Estado democrático de direito e a constitucionalização simbólica. In: coordenadores, Lilian Rose Lemos Rocha... [et al.]. **Caderno de pós-graduação em direito: prática processual constitucional e administrativa**. Brasília UniCEUB: ICPD, 2019, p. 05.

³⁸³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 145-146.

ser sobreposto pelo sistema da economia, da política etc. É diferente do conceito de corrupção³⁸⁴ sistêmica que pressupõe:

[...] bloqueios eventuais na reprodução autopoietica do direito positivo, superáveis através de mecanismos imunizatórios complementares do próprio sistema jurídico. O problema implica o comprometimento generalizado da autonomia operacional do direito. Diluem-se mesmo as próprias fronteiras entre sistema jurídico e ambiente, inclusive no que se refere a um pretenso direito extra-estatal socialmente difuso. [...] a alopoiese afeta a autoreferência de base (elementar), a reflexividade e a reflexão como momentos constitutivos da reprodução operacionalmente fechada do sistema jurídico. Atinge também a heterorreferência, ou seja, a função e as prestações do direito.³⁸⁵

Em sua obra “A constitucionalização simbólica”, Neves conclui que a Constituição Simbólica é como alopoiese do sistema do direito³⁸⁶. Para chegar a essa conclusão, o livro inteiro discorre sobre o conceito do título e o delimita. A seguir, apresenta-se os principais pontos para entender o conceito.

Neves, reserva boa parte do capítulo sobre legislação simbólica, à ambiguidade da palavra “simbólico”³⁸⁷ e a delimitação semântica de *simbólico*³⁸⁸ utilizada em seu trabalho, definindo, enfim, *legislação simbólica* como se segue:

³⁸⁴ “Esclareça-se que ‘corrupção’ não é entendida aqui no sentido jurídico-penal ou no sentido vulgar da moral, mas sim conforme a teoria dos sistemas como sobreposição destrutiva, bloqueante, paralisante de um sistema sobre outro ou sobre vários outros sistemas mediante a ‘sabotagem do código’ (Luhmann, 1997: 1043), particularmente da política e do direito. É uma forma de exploração de um sistema por outro [...]. A ‘corrupção’ em sentido sistêmico pode permanecer no nível *operacional*. Nesse caso, é eventual e não estabilizante socialmente. Esse tipo de ‘corrupção’ está presente em todo o mundo. A ‘corrupção’ pode atingir o nível *estrutural* dos sistemas sociais. Dessa maneira, ela é socialmente estabilizada. No plano estrutural, a ‘corrupção’ pode permanecer setorial atingindo apenas certas conexões de comunicação ou organizações. Mas a ‘corrupção’ pode evoluir e assim desencadear uma tendência a generalização. Essa é a *corrupção sistêmica em sentido estrito*. Ela geralmente se desenvolve em conexão com determinado Estado como organização política territorial e está associada à exclusão estrutural e extrema desigualdade social [...]”. NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 398, nota 83.

³⁸⁵ A alopoiese necessariamente se refere ao direito estatal, não se aplicando este conceito considerando um pluralismo de ordenamentos jurídicos. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 147.

³⁸⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 170.

³⁸⁷ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 05-21.

³⁸⁸ “Entretanto, como já adiantei acima, a questão da legislação simbólica está usualmente relacionada com a distinção entre variáveis instrumentais, expressiva e simbólica. As funções instrumentais implicariam uma relação meio-fim, a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação. Na atitude expressiva, há uma confusão entre o agir e a satisfação da respectiva necessidade. Enquanto a ação instrumental constitui-se “veículo de conflito”, o agir expressivo é “veículo de catarse”. [...] Em contraposição à atitude expressiva e semelhantemente à ação instrumental, a postura simbólica não é caracterizada pela imediatidade da satisfação das respectivas necessidades e se relaciona com o problema da solução de conflito de interesses. Diferentemente das variáveis instrumentais, a atitude simbólica não é orientada conforme uma relação linear de meio-fim e, por outro lado, não se caracteriza por uma conexão direta e manifesta entre significante e significado, distinguindo-se por seu sentido mediato e latente. Como

Considerando-se que a atividade legiferante constitui um momento de confluência concentrada entre sistemas político e jurídico, pode-se definir a legislação simbólica como produção de textos cuja referência manifesta à realidade é normativo-jurídica, mas que serve primária e hipertroficamente, a finalidades políticas de caráter não especificamente normativo-jurídico.

[...] Porém o conceito de legislação simbólica deve referir-se abrangentemente ao significado específico do ato de produção e do texto produzido, revelando que o sentido político de ambos prevalece hipertroficamente sobre o aparente sentido normativo-jurídico. A referência deôntico-jurídica de ação e texto à realidade torna-se secundária, passando a ser relevante a referência político valorativa ou “político-ideológica”.³⁸⁹

O jurista e professor da Universidade de Brasília também aponta efeitos³⁹⁰ da legislação simbólica³⁹¹ em termos de eficácia e efetividade, reforçando que a legislação simbólica é caracterizada por ser normativamente ineficaz, ou seja, a norma não é se quer aplicada com regularidade, não se confundido com as normas que, embora aplicadas, não produzam os efeitos pretendidos com a confecção da norma³⁹².

Já *constituição*³⁹³ é: um acoplamento estrutural³⁹⁴; um subsistema do sistema jurídico, que é o direito constitucional³⁹⁵; mecanismo operacional do sistema jurídico para garantir que este possa ser autônomo, visto que a constituição tem uma *função descarregante*³⁹⁶, já que é capaz de filtrar e descarregar expectativas de direito que são incompatíveis com o sistema jurídico. Isso é possível pois outra característica da constituição

bem observou Gusfield, ‘a distinção entre ação instrumental e simbólica é, em muitos aspectos, similar à diferença entre discurso denotativo e conotativo’. Na denotação há uma conexão relativamente clara entre expressão e conteúdo; na ação instrumental, similarmente, um direcionamento da conduta para fins fixos. Na conotação a linguagem é mais ambígua; o agir simbólico é conotativo na medida em que ele adquire um sentido mediato e impreciso que se acrescenta ao seu significado imediato e manifesto, e prevalece em relação a esse”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 21-23.

³⁸⁹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 05-54.

³⁹⁰ “A eficácia e a efetividade não esgotam o problema dos efeitos da legislação. As normas legais produzem efeitos indiretos ou latentes que poderão estar vinculados ou não à sua efetividade e eficácia. [...] Enfim, as consequências [sic] indiretas ou, em outras palavras, os ‘efeitos colaterais’ da legislação desempenham um papel relevante em todas as relações intersistêmicas”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 48-49.

³⁹¹ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 51.

³⁹² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 47-48.

³⁹³ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 64.

³⁹⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 65-67.

³⁹⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 67-68.

³⁹⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p.72-74.

é o *princípio da não identificação* – correspondente ao conceito habermasiano de princípio da indisponibilidade do direito ou imparcialidade do Estado de Direito³⁹⁷. Portanto, na teoria luhmanniana o sistema jurídico não lida com o que é realmente moral ou justo, visto que esses valores abririam o sistema, pois concorrem com o código lícito/ilícito.

Destarte, para se ter eficácia da norma constitucional, não se verifica se há apenas simples subsunção do fato à norma e não basta apenas interpretar a norma abstratamente, é preciso, ainda, concretizá-la. Radicalmente falando, Marcelo Neves invoca Müller e defende que a constituição produzida após o procedimento de atividade constituinte é mera *emissão de texto constitucional*³⁹⁸, uma vez que esse texto constitucional possui diversas interpretações e aplicações, dependendo do âmbito normativo³⁹⁹ para transformar esse texto constitucional em *norma*⁴⁰⁰ constitucional. Logo, seguindo a abordagem de Härbele, Neves afirma que “o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou melhor, no processo de concretização constitucional”⁴⁰¹. Ademais, para Härbele, como a norma constitucional seria interpretada por diversos expectantes, sua interpretação seria, inevitavelmente, ambígua e vaga com interpretações diferentes e contraditórias perante o texto constitucional⁴⁰².

Pelo apanhado das principais ideias apresentadas acima, *Constituição Simbólica* é a legislação criada pelos procedimentos decisórios constituintes (originário ou derivado)⁴⁰³ que

³⁹⁷ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 73, nota 79.

³⁹⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 84-85.

³⁹⁹ Müller define âmbito normativo como “o conjunto dos dados reais normativamente relevantes para a concretização individual”. MÜLLER, 1994 apud NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 84, nota 124.

⁴⁰⁰ “Müller define a normatividade em duas dimensões: ‘Normatividade’ significa a propriedade dinâmica da [...] norma jurídica de influenciar a realidade a ela relacionada (*normatividade concreta*) e de ser, ao mesmo tempo, influenciada e estruturada por esse aspecto da realidade (*normatividade materialmente determinada*)’. Se o âmbito normativo, que importa a função seletiva perante os âmbitos da matéria e do caso, não se constitui de forma suficiente, a normatividade do respectivo texto constitucional é prejudicada. Faltam as condições e os pressupostos para a ‘produção’ da *norma jurídica* – ‘que rege mediante um caso determinado’ – e, portanto, da *norma de decisão* – ‘imediatamente normativa, reguladora do caso determinado’”. MÜLLER, 1994 apud NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 84-85.

⁴⁰¹ HÄRBELE, 1980 apud NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 86.

⁴⁰² HÄRBELE, 1980 apud NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 86, nota 136.

⁴⁰³ “A constitucionalização simbólica vai diferenciar-se da legislação simbólica pela sua maior abrangência nas dimensões social, temporal e material [...] no caso da constitucionalização simbólica esse sistema é atingido no seu núcleo, comprometendo-se toda a sua estrutura operacional. Isso porque a Constituição, enquanto instância reflexiva fundamental do sistema jurídico [...] apresenta-se como metalinguagem normativa em relação a todas as normas infra-constitucionais, representa o processo mais abrangente de normatização no

filtraram expectativas jurídico-normativas gerais e a positivaram em legislação vigente. O objetivo é ter a eficácia e efetividade dessa legislação – mesmo que a questão da efetividade possa sofrer mutação com o passar do tempo – contudo, este objetivo não é alcançado. Uma vez que a emissão do texto constitucional carece de normatividade jurídica, concretizada generalizadamente, a conexão entre as expectativas jurídicas-normativas positivadas – que eram diretas e manifestamente aplicadas de acordo com aquelas – são preteridas em detrimento de referência valorativa político-ideológica – que mediatiza a legislação voltada ao agir estrategicamente oculto⁴⁰⁴. Tal referência valorativa político-ideológica prevalece sobre as demais expectativas jurídico-normativas⁴⁰⁵ e está particularmente vinculada à não-inclusão ou restrição da esfera pública pluralista. A constituição é, pelo contrário, violada continuamente, casuisticamente ou com desvio de finalidade por parte dos órgãos estatais que apenas enfocam interpretação-aplicação da constituição de forma vazia, sem se preocupar com a efetiva concretização da norma constitucional⁴⁰⁶. Por outro lado, a Constituição Simbólica pode ter função ideológica⁴⁰⁷, contudo até certo limite⁴⁰⁸.

Fica clara, nesse ponto, a afirmação feita anteriormente, de que a Constituição Simbólica é a alopoiese do sistema jurídico. Afinal, se para um sistema se manter fechado deve ser codificado apenas por um código binário, logo quando se acrescenta referência política-ideológica – poder/não poder –, econômica – ter/não ter –, religiosa –

interior do direito positivo”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 99.

⁴⁰⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 119.

⁴⁰⁵ Não se refere a qualquer artigo da normal constitucional de forma pontual, o problema da constituição simbólica “[...] ocorre quando as instituições constitucionais básicas – os direitos fundamentais (civis, políticos e sociais), a ‘separação’ de poderes e a eleição democrática – não encontram ressonância generalizada na *práxis* dos órgãos estatais nem na conduta e expectativas da população. Mas sobretudo no que diz respeito ao princípio da igualdade perante a lei, o qual implica a generalização do código ‘lícito/ilícito’, ou seja, a inclusão de toda a população no sistema jurídico, caracterizar-se-á de forma mais clara a constitucionalização simbólica”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p.100.

⁴⁰⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 94.

⁴⁰⁷ “Nessa perspectiva, encontramos-nos na esfera de ideológico conforme a formulação de Habermas: ‘O que chamamos de ideologia são exatamente as ilusões dotadas do poder das convicções comuns’”. Podendo esta constituição simbólica manifestar esta ideologia com três fins: “1) a constitucionalização simbólica destinada a corroborar de determinados valores sociais; 2) a Constitucionalização como fórmula de compromisso dilatório; 3) a constitucionalização-álibi”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 97 e 102.

⁴⁰⁸ “Nessa perspectiva, a própria função ideológica da constitucionalização simbólica tem os seus limites, podendo inverter-se contraditoriamente, a situação, no sentido de uma tomada de consciência da discrepância entre ação política e discurso constitucionalista.” NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 99.

imane/te transcende – , moral – consideração/desprezo – , a delimitação do sistema se esmaece ou até some, sendo impossível diferenciá-lo do seu ambiente.

Para Luhmann, alemão que conhecia mais o contexto social-histórico da Europa, o maior desafio em sua teoria social dos sistemas era o problema da heterorreferência⁴⁰⁹ – função e aplicação do direito em outros sistemas e no ambiente. Neves entretanto, conhecedor do contexto-social histórico brasileiro e latino, percebeu que certos países não lidavam apenas com problemas de heterorreferência, mas também, e, principalmente, com problemas de autorreferência.

Diante disso, Neves propôs um modelo⁴¹⁰ para estudar Estados de Direito Democráticos, diferenciando-os pelo seguinte critério: se um país possui ínfimos problemas com a autorreferência de seus sistemas e são maiores em relação à heterorreferência, além de adequada inclusão social-cidadã, este país é dito pertencente a Modernidade Central. Contudo, se um país possui tanto problemas com a heterorreferência, quanto com a autorreferência de seus sistemas, que exclui boa parte dos cidadãos gerando desigualdade

⁴⁰⁹ “O problema do Estado Democrático de Direito na modernidade central é, antes de tudo, de heterorreferência do Estado enquanto organização jurídico-política territorialmente determinada. De um ponto de vista externo, isso significa dificuldades de dar resposta adequada às exigências dos demais sistemas funcionais; na perspectiva interna, dificuldades de construir uma relação reciprocamente adequada entre política e direito. Esse problema havia sido tratado por meio de palavras-chave (decerto, equívocas) de ‘juridificação’ ou ‘estatalização’ e ‘desjuridificação’ ou ‘desestatalização’. A rigor, trata-se de um debate sobre a heterorreferência do sistema jurídico. Do ponto de vista sistêmico, a questão consiste em observar e descrever os efeitos do código poder/não-poder e lícito/ilícito no âmbito da organização estatal, por um lado, e no plano dos subsistemas da sociedade, por outro. [...] A questão da heterorreferência não se restringe à relação do Estado democrático de direito com o seu ambiente social. Também diz respeito ao vínculo complexo e problemático entre direito e política: expansão inadequada desta em detrimento do funcionamento daquele ou vice-versa. Fala-se, então, de ‘politização da justiça’ ou ‘justicialização’ da política. Como se pode deduzir dos termos, ambos os temas vêm tendo um tratamento mais restrito, referindo-se especificamente à relação da atividade política do parlamento e do executivo com o judiciário.” NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da Sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 206, p. 111-136, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512453>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁴¹⁰ É um modelo para refletir sobre a sociedade. Marcelo Neves assevera: “Não a apresentei como única diferença característica ou válida para a autorreflexão da sociedade mundial. Outras diferenças eram relevantes à época [virada da década de 1980 para 1990], como aquela entre bloco soviético (‘oriente’) e bloco ‘liberal’, liderado pelos Estados Unidos (‘Ocidente’), no âmbito da chamada ‘Guerra Fria’. Essa diferença desapareceu e outras se afirmaram, como aquelas entre fundamentalismo islâmico e laicidade política, entre capitalismo de Estado chinês e capitalismo ‘liberal’. A essas e outras diferenças não se aplica o modelo ‘centro e periferia’ e, nesse sentido, o bloco soviético, o Irã e a China não se apresenta(ram), na relação com o ocidentalismo, primordialmente nem como modernidade central nem como modernidade periférica [...] Sem negar, portanto, que a sociedade moderna (mundial) é múltipla, parto de diferenças, não de identidade coletiva.” NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 370-371.

quanto aos direitos e deveres impostos a cada um, diz-se que este país pertence a Modernidade Periférica⁴¹¹. Neves explica a utilidade de seu modelo:

Parece-me, porém, que a distinção entre modernidade central e periférica é analiticamente frutífera, na medida em que, definindo-se a [modernidade pela] complexidade social e o desaparecimento de uma moral imediatamente válida para todas as esferas da sociedade como características da modernidade, verifica-se que, em determinadas regiões estatalmente delimitadas (países periféricos), não houve de maneira nenhuma a efetivação adequada da autonomia sistêmica de acordo com o princípio da diferenciação funcional nem a constituição de uma esfera pública fundada na generalização institucional da cidadania, características (ao menos aparentes) de outras regiões estatalmente organizadas (países centrais). O fato de haver graus diversos quanto à diferenciação funcional exigida pela complexidade social e quanto à construção da cidadania como exigência do desaparecimento da moral hierárquico-material pré-moderna não invalida o potencial analítico dos conceitos de modernidade e central e modernidade periférica, antes aponta para sua função de estrutura de seleção cognitiva das ciências sociais.

A bifurcação no desenvolvimento da sociedade moderna (mundial) resultou para os países periféricos em uma crescente e veloz complexificação social, sem que daí surgissem sistemas sociais capazes de estruturar ou determinar adequadamente a emergente complexidade [...] Os respectivos sistemas não se desenvolvem, pois, com suficiente autonomia operacional.⁴¹²

No caso de países periféricos, como a modernidade tornou-se cada vez mais supercomplexa e muito rápida, não houve nessas sociedades uma progressão concomitante da inclusão social dos cidadãos de territórios por igual ou, ao menos, de forma semelhante. Isso gerou discrepâncias para ambos extremos, gerando ao mesmo tempo grupos de *subintegrados* – aqueles cujas normas que mais se aplicam são as normas repressivas em detrimento de uma inclusão de direitos – e grupos de *sobreintegrados* – aqueles que conseguem acessar as normas que lhes dão direito de forma acima da média, enquanto pouco lhes aplicam as normas repressivas. Sobre tais conceitos, Marcelo Neves discorre:

Associadas à incorporação subordinada na sociedade mundial, a “heterogeneidade estrutural” e a “marginalização das massas” (exclusão) impedem que o modelo constitucional predominante nos países centrais se

⁴¹¹ “A constitucionalização simbólica como alopoiese do sistema jurídico é um problema fundamentalmente da modernidade periférica. Não utilizo o modelo ‘centro/periferia’ da forma simplificadora ideologizante das ‘teorias da exploração’ dos anos sessenta e setenta. Recorro a essa dicotomia principalmente para enfatizar que se trata de uma e da mesma sociedade mundial, não de sociedades tradicionais *versus* sociedades modernas, como se uma diferença de ‘antes e depois’ estivesse na base dos diferenciados níveis de desenvolvimento social. Parto da constatação de que o advento da sociedade moderna está intimamente vinculado a uma profunda desigualdade econômica no desenvolvimento inter-regional, trazendo conseqüências [sic] significativas na reprodução de todos os sistemas sociais, principalmente no político e no jurídico, estatalmente organizados”. NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 170-171.

⁴¹² NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 171-172.

realize no interior da periferia. Por isso, pode-se falar de subintegração e sobreintegração no sistema constitucional. Os “marginalizados” tornam-se subintegrados, porque os direitos fundamentais não fazem diferença no horizonte de agir e vivenciar. Para os grupos subprivilegiados, os preceitos constitucionais adquirem significado quase somente por seus efeitos cerceadores de liberdade. Essa situação vale para o sistema jurídico “constitucional” em seu conjunto: as camadas sociais subalternas, “marginalizadas” em diferentes níveis e aspectos (quer dizer, a maioria da população), tornam-se integradas no sistema como devedores, réus etc., não como detentores de direitos, autores no processo etc., embora eles sejam, de fato, dependentes do sistema, não tem acesso (no sentido positivo) a suas prestações [...]. Na esfera constitucional, no entanto o problema da subintegração adquire uma dimensão especial, na medida em que, em relação aos membros dos estratos subalternos, as violações dos direitos fundamentais são executadas particularmente no âmbito da atividade repressiva do “aparelho estatal”. A subintegração das massas é inseparável da sobreintegração dos grupos privilegiados, os quais, sobretudo na forma de “classe estatal/burguesia estatal” ou com base nela, executam ações que minam e violam a Constituição. Ainda que eles invoquem – em princípio, na medida em que seja de seu interesse ou quem – em princípio, na medida em que seja de seu interesse ou para a proteção da “ordem social” – de modo regular o texto constitucional democrático, a tendência é que a Constituição não seja levada em conta quando colocar limites significativos ao espaço de possibilidades políticas e econômicas de sua ação. A Constituição não atua, então, como *horizonte* do agir e vivenciar jurídico-político dos detentores do poder, mas como uma oferta a ser usada, abusada ou desusada por eles conforme a constelação concreta de interesses.

Nesse contexto, o princípio da não identificação da Constituição [...] perde qualquer significado que possa ser levado a sério. O texto constitucional é concretizado, desde que os interesses dos grupos privilegiados, no interior do país e no exterior, não sejam comprometidos [...] Reformas sociais no interior da “ordem constitucional” são caracterizadas como subversivas, na medida em que se coloquem na pauta a abolição de privilégios ou a introdução de medidas compensadoras a favor das camadas subalternas. Por trás da não identificação “formal” do texto constitucional positivado, encontra-se a *identidade* da “realidade constitucional, que mina e viola a Constituição”, com as classes e grupos privilegiados, de modo que as institucionalizações dos direitos fundamentais, da divisão dos poderes e da eleição política [...] tornam-se estruturalmente distorcidas.⁴¹³

Tal situação torna-se mais clara quando se observa os direitos sociais, pois estes necessitam de prestação positiva do Estado. Dessa forma, a concretização da norma constitucional está associada à sua função simbólica⁴¹⁴: o Estado trata a constituição como se fosse um álibi. Uma vez que o texto constitucional está vigente e a interpretação é favorável à

⁴¹³ NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 132-134.

⁴¹⁴ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 186.

sua implementação, mostra para o mundo que é Estado de Democrático de Direito por excelência.

Entretanto “transfere-se a ‘culpa’ para a sociedade ‘desorganizada [sic] e ‘atrasada’, ‘descarregando-se’ de ‘responsabilidade’”⁴¹⁵ pela não concretização de normas constitucionais sociais ou programáticas que permanecem apenas como esperança. Ou ainda, o Estado oferece uma medida paliativa, mas que, em essência, apenas transfere a concretização da norma constitucional para um futuro longínquo e incerto.

Na Modernidade Central, os mecanismos de filtragem que garantem a autonomia do direito – como a igualdade perante a lei, eleições democráticas, direitos fundamentais etc.—, funcionam, também, como “mecanismo de encobrimento de relações concretas de dominação”⁴¹⁶. Entretanto, na Modernidade Periférica, por vezes, incursões de cunho privado são tão descaradas ou constantes, que sequer como mecanismo de encobrimento funcionam, pois muitas vezes há descrença generalizada em razão do abuso das funções ideológicas da Constituição Simbólica.

É neste ponto que entra o Conselho Nacional da Seguridade Social, como um órgão capaz de ter a visão do todo, ver o que está sendo concretizado e desenvolver ideias para solucionar o que ainda não pode ser concretizado. Novamente, como diz Canotilho é preciso democratizar a democracia⁴¹⁷. Isto concretizaria de fato não apenas os dispositivos constitucionais relacionados a gestão integrada da Seguridade Social com também estaria almejando a concretização dos objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária por meio de um debate democrático a fim de erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

3.2.1.2 Problemas do Conselho

Para que uma instituição se fixe é preciso que haja uma recursividade⁴¹⁸ das normas que tornam a sua existência objetiva, só implementando-o é possível ver como ele realmente

⁴¹⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 186.

⁴¹⁶ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 174.

⁴¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 389-390, 417.

⁴¹⁸ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016, Capítulo 8. II, posições 5.694-5.734.

vai agir e atuar. Questiona-se, mas como foi a experiência do extinto Conselho Nacional da Seguridade Social?

Pesquisa feita pelo IPEA⁴¹⁹ em relação ao Conselho Nacional da Previdência Social por meio de estudos quantitativos e entrevistas com conselheiros da época – observadores de segunda ordem vendo a si mesmo como observadores de primeira ordem – nestas entrevistas os Conselheiros ainda mencionam suas impressões do Conselho Nacional da Seguridade Social.

As visões são as mais diversas e discrepantes, mas percebe-se que há uma desigualdade material entre o governo que por vezes pareciam combinar seus votos – os empresários como um todo concordavam com o governo e os trabalhadores e aposentados não tinham muita capacidade técnica para fomentar a discussão, tornando-a apenas ideológica⁴²⁰.

Por este estudo do IPEA é possível observar diversas razões para o insucesso do Conselho da Seguridade Social anterior, pois os Conselheiros citaram o CNSS e falaram da experiência do CNPS.

Em um primeiro momento se observa a dificuldade de colher dados destas reuniões, em particular do Conselho Nacional da Seguridade Social. Ora, por uma perspectiva luhmanianna não basta que existam estas pessoas representando a gestão quadripartite, pois as pessoas não influenciam o sistema. Mais do que isso, é preciso que haja comunicação redundante. Para haver a repetição dessa comunicação, é preciso registrar estas sessões para que futuros Conselheiros e técnicos possam aprender com a experiência e desenvolver-se.

Em um segundo momento, percebe-se que alguns subsistemas (segmentos organizados da sociedade) não perceberam a importância desta arena pública e mandaram representantes de cada subsistema pouco aptos tecnicamente a lidar com a matéria ali tratada⁴²¹. A democracia como instituição não foi suficientemente enraizada no eu social do Brasil, ainda vigoram ideias clientelistas, por exemplo. Ela foi instaurada logo após anos de

⁴¹⁹ DELGADO, Guilherme Costa; SCHWARZER, Helmut; QUERINO, Ana Carolina; LUCINI, Juana Andrade de. **A participação social na gestão pública: Avaliação da experiência do Conselho Nacional de Previdência Social (1991/2000).** Texto para discussão nº 909. Programa Rede-Ipea: Avaliação da participação social: Os Conselhos de Políticas Sociais. Brasília: IPEA, setembro de 2002. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4467. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁴²⁰ Não defendemos uma decisão meramente técnica, apenas que ideias políticas podem ser mais bem formuladas com técnicas que permitem abrir o leque de opções e que dê ferramentas reais para garantir uma igualdade material entre os debatedores.

⁴²¹ FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação.** Brasília: MARE/ENAP, 1997, p. 52.

ditadura e instabilidade institucional⁴²², relativamente pouco antes, no século XIX, ainda havia escravidão. Então não é de se admirar que o povo ainda não esteja realmente acostumado com esta arena pública constante e não apenas em épocas de revolução.

Terceiro, havia segmentos que falavam ali, mas não eram levados a sério e, como um todo, as decisões do Conselho eram completamente ignoradas pelo Poder Executivo na hora de preparar o Orçamento da Seguridade Social (e fiscal). Acabava que a própria estrutura era excluída internamente pelo governo.

Novamente, considerando a história do Brasil ainda não houve redundância o suficiente de institutos democráticos, enquanto isto a Constituição em diversos pontos é apenas simbólica. A solução que encontraram não foi buscar formas diferentes de aplicação e nem novas práticas – a solução escolhida como ato privado do Presidente da República foi precocemente extinguir este órgão de participação social por meio de Medida Provisória reiterada sucessivamente. Acaba que são as velhas práticas que são reiteradas e reforçadas.

Marcello Cerqueira aponta como a Constituição incomoda os governos desde que ela foi promulgada por ter um “excesso de democracia”: “[...] A preocupação essencial é promover reformas constitucionais. A dimensão social do contrato constitucional vem sendo constrangida na perseguição de um modelo apenas liberal de Estado.”⁴²³

Estudos de Pedro Farias⁴²⁴ já apontam que os conselhos constantemente sofriam com a conjectura econômica. Isto decorre do fato apontado por um ex-representante do Conselho Nacional de Saúde no Conselho Nacional de Seguridade Social, o assessor Elias Jorge quem apontou que não é possível desvincular o orçamento do planejamento, pois não tem como planejar sem o orçamento chegando a afirmar que:

[...] O orçamento é um setor, o planejamento é outro setor. Não tem nenhuma conexão de cada setor em cada órgão, nos ministérios ou no próprio governo como um todo, o que caracteriza que, praticamente, pode-se dizer que não se tem políticas públicas nesse país há muito tempo. Sobre tudo

⁴²² BARROSO, Luís Roberto. Trinta anos da constituição: a república que ainda não foi. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 42.

⁴²³ CERQUEIRA, Marcello. Recado ao tempo: democracia e segurança jurídica. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada**. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 31-46.

⁴²⁴ FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação**. Brasília: MARE/ENAP, 1997, p. 48-50.

com as políticas públicas na área social, sistematicamente, o critério é não ter critério.⁴²⁵

Pedro Farias informa que a tentativa de aglutinar isto no antigo Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento apenas serviu para: “reforçar a informal submissão do planejamento socioeconômico de médio e longo prazos ao planejamento financeiro conjuntural”⁴²⁶. Em outras palavras uma mistura na prática entre o orçamento fiscal e o da seguridade social. Não distante desta realidade se constata que não foi absorvida uma cultura de planejamento de longo prazo em detrimento de situações conjecturais. Este estudioso fala expressamente da ausência de articulação entre os programas da Seguridade Social:

Mesmo que as incompatibilidades entre planos e orçamentos representem uma tradição na prática político-administrativa brasileira, é preciso reconhecer que esse problema, nos últimos anos, tem afetado particularmente a seguridade social, que, por se tratar de um conceito em processo de consolidação, carece de um tratamento especial no tocante à integração de suas ações. Para tanto, é importante que as políticas públicas formuladas contemplem a articulação intersetorial e a complementaridade de ações, que os planos oficiais recepcionem tal preocupação e, por fim, que os orçamentos anuais expressem adequadamente as prioridades definidas para o setor.

Embora os planos plurianuais elaborados a partir de 1988 se reportem ao conceito da seguridade, os projeto [sic] inscritos nas leis orçamentárias nunca contemplaram qualquer tipo de articulação e muito menos a integração preconizada no texto constitucional. Ao contrário, a obrigatoriedade de inclusão no Orçamento da Seguridade Social — OSS — de todas as despesas de custeio e investimento das áreas de saúde, previdência e assistência social tem contribuído para estimular a disputa pelos recursos das contribuições sociais, incitando o acirramento da rivalidade entre os grupos de interesse e as burocracias técnicas das diferentes áreas.⁴²⁷

O que ele observou foi uma tendência da previdência social em engolir o orçamento, deixando a saúde e a assistência social muito aquém do necessário para garantir direitos difusos, razão pela qual estas duas áreas passaram a competir para lhes serem garantido um orçamento fixo, encarando as outras áreas competitivamente em vez de buscar uma

⁴²⁵ FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação**. Brasília: MARE/ENAP, 1997, p. 51.

⁴²⁶ FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação**. Brasília: MARE/ENAP, 1997, p. 51.

⁴²⁷ FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação**. Brasília: MARE/ENAP, 1997, p. 53.

integralização entre as três áreas da seguridade social⁴²⁸. Sobre este ponto, afirma Eduardo Levcovitz (1994), ex-diretor do SUS/MS:

[...] Este (des)arranjo não deixa sobrevida a qualquer possibilidade de funcionalidade ao OSS, induzindo à acirrada disputa de recursos entre os órgãos e à especialização das fontes por “propriedade” da estrutura de arrecadação, sem qualquer consideração de ordem técnica sobre efetivas necessidades de financiamento. Para o Ministério da Fazenda, as prioridades serão sempre as ditadas pela política monetária, pelo pagamento dos juros da dívida pública, interna e externa, e os gastos sociais serão déficits, mesmo quando cobertos por recursos oriundos de contribuições sociais constitucionalmente definidas. As soluções setoriais, que têm sido a ênfase até agora, parecem condenadas ao insucesso: a saúde busca fixar fontes ou alíquotas próprias, a previdência assegura “reserva das contribuições sobre folha de salários e a assistência resigna-se a desaparecer do mapa.”⁴²⁹

Chegando ao ponto de Pedro Farias afirmar que o CNSS não contribuiu quase nada para a articulação intragovernamental:

Do ponto de vista da articulação intragovernamental, os colegiados pouco têm contribuído. Ao contrário, tornou-se comum, conforme pode ser comprovado pelas atas de reuniões⁴³⁰, as discussões do Conselho Nacional de Seguridade Social, órgão superior do Sistema, que reúne representantes do governo e da sociedade civil, concentrarem-se, apenas, na distribuição e no repasse dos recursos do Orçamento da Seguridade Social, reforçando as rivalidades já estabelecidas e as dinâmicas específicas de cada uma das três vertentes componentes da seguridade.⁴³¹

Pedro Farias chega a trabalhar a ideia de um Ministério da Seguridade Social, como foi estudado não necessita existir necessariamente o CNSS, mas um órgão capaz de atender as disposições constitucionais. Porém para o autor um Ministério da Seguridade Social seria um superministério que seria algo muito difícil de se administrar e que aumentaria as chances de haver desvios das verbas públicas do orçamento da seguridade social⁴³². Enfim, para ele o

⁴²⁸ FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação**. Brasília: MARE/ENAP, 1997, p. 53-57.

⁴²⁹ FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação**. Brasília: MARE/ENAP, 1997, p. 55.

⁴³⁰ Neste estudo tentou-se achar as atas do Conselho Nacional da Seguridade Social para que se pudesse ter uma informação primária e não secundária. Porém os atuais Ministério da Cidadania, Ministério da Saúde, Ministério da Economia e Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República informaram que não possuem as atas do extinto CNSS, assim como a Coordenação-Geral de Gestão de Documentos também não soube informar onde se encontram estas atas. Apenas foram encontradas as respectivas atas do CNAS, CNS, CNPS, porém não do CNSS. Todas essas tentativas podem ser comprovadas por e-mail e por protocolos 00077000416202096; 03006012624201926; 03006012626201915; 25820009999201948; 25820000971202089; 71004002779201924; 71004000329202031 no site do e-SIC (Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão).

⁴³¹ FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação**. Brasília: MARE/ENAP, 1997, p. 67.

⁴³² FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação**. Brasília: MARE/ENAP, 1997, p. 59-60.

CNSS se mostrou mais apto para ser um controle social do que para a articulação intragovernamental⁴³³.

Ocorre que estas são observações de segunda ordem sobre o Conselho Nacional da Seguridade Social e não necessariamente reproduzem a realidade. Em pesquisa documental, buscou-se as atas destas reuniões do CNSS que seriam de fato observações de primeira ordem para poder tirar conclusões sem a intermediação de uma visão subjetiva. Entretanto estas informações aparentar estar perdidas dentro da estrutura intragovernamental, não sendo possível acessá-las⁴³⁴. Isto é um exemplo prático de que é necessário gerar informação para que ela possa gerar recursividade no sistema, apenas as pessoas que atuaram nos conselhos não são capazes de impactar o sistema por si só.

Luhmann expõe sua conclusão neste caminho e ressalta a necessidade de comunicação transparente por meio de uma retomada das observações de primeira ordem em detrimento das de segunda ordem, a forma de fazer isto é deixar registrado e transparente as observações de primeira ordem para que todos possam ver sem o intermédio de observações de segunda ordem:

[...]Alguém aprende a distinguir entre signo e significado – entre o que é disponível para todos os observadores de primeira ordem e o que pode ser observado como suas observações. Esta distinção divide o então chamado consenso junto com todas as demandas tradicionais por integridade, veracidade e fidelidade contratual. [...] E nós experienciamos de igual forma com demandas por comunicação permeando toda a sociedade, com demandas para garantir pautas de transparência em um mundo que tem se tornado opaco pela prática de observação de segunda ordem, de fato, em um mundo que tem, em um sentido estrito, se tornado inobservável.

[...] Este desvio através da “forma escrita” (no sentido mais amplo) oferece uma alternativa para observar diretamente outro observador. Tais observações diretas nos convidam a explicar para nós mesmos porque o outro observador observa do jeito que ele observa. Grupos afetados desenvolvem, então, teorias próprias sobre o comportamento arriscado de decisores e os decisores produzem teorias do comportamento de protesto daqueles afetados por suas decisões. Se alguém tiver experiência neste campo, então, certamente existirá possibilidades para refinar tal explicação,

⁴³³ FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação**. Brasília: MARE/ENAP, 1997, p. 82.

⁴³⁴ Neste estudo tentou-se achar as atas do Conselho Nacional da Seguridade Social para que se pudesse ter uma informação primária e não secundária. Porém os atuais Ministério da Cidadania, Ministério da Saúde, Ministério da Economia e Secretaria de Planejamento, Orçamento e Coordenação da Presidência da República informaram que não possuem as atas do extinto CNSS, assim como a Coordenação-Geral de Gestão de Documentos também não soube informar onde se encontram estas atas. Apenas foram encontradas as respectivas atas do CNAS, CNS, CNPS, porém não do CNSS. Todas essas tentativas podem ser comprovadas por e-mail e por protocolos 00077000416202096; 03006012624201926; 03006012626201915; 25820009999201948; 25820000971202089; 71004002779201924; 71004000329202031 no site do e-SIC (Sistema Eletrônico do Serviço de Informação ao Cidadão).

para melhorá-las, para torná-las mais complexas e para fazê-las mais facilmente compreensíveis. Mas isto dá origem a diversos níveis de complexidade e obscuridade neste universo compartilhado e, certamente, não nos conduz ao consenso no sentido de uma coincidência de estados de sistemas.

É provavelmente aconselhável cultivar distintas formas paralelas e consideravelmente distintas de canais de comunicação que sejam capazes de funcionar apesar de se e em que extensão os participantes puderem mutualmente reconstruir o universo de suas observações (tradução nossa a partir do inglês).⁴³⁵

Portanto, o Conselho Nacional de Seguridade Social pode funcionar se lhe for dado o tempo necessário para aprender, errar, reaprender, constantemente e recursivamente. Trabalhando a comunicação ali gerada, mas positivando-a de alguma forma para que se possa retomar esta informação e aprender com ela, dando recursividade ao sistema. Seja mantendo as atas, gravando as reuniões e disponibilizando no *YouTube* ou outra forma de dar transparências a estas informações.

3.2.1 *Princípio da vedação do retrocesso*

Apesar do resultado das ADI 2.065/DF e 2.634, e como já foi apresentado, Fábio Zambitte Ibrahim discorda veementemente deste resultado e dá o seguinte enfoque para o princípio da vedação do retrocesso:

[...] Não se trata aqui de excluir a discricionariedade da ação estatal, mas sim de reconhecer a eficácia das normas constitucionais, que são normas jurídicas. Uma das possíveis eficácias das normas constitucionais, incluindo os princípios, é justamente a vedativa de retrocesso, pois é inconcebível que o Administrador Público possa, a seu bel-prazer, excluir garantias constitucionais da maior relevância que foram implementadas em prol da coletividade.

Ressalte-se que o fato da extinção do CNSS ter sido feita por medida provisória, veículo claramente irregular para este fim, não é abordado em maiores detalhes, pois ainda que a extinção houvesse tomado lugar por meio de lei, seria inválida da mesma forma, pelos argumentos expostos.⁴³⁶

Os direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 se repartem entre políticos, individuais, sociais e difusos e que estes direitos fundamentais são ao mesmo tempo expressão subjetiva de direito e elementos essenciais da ordem constitucional objetiva, ou seja, ao mesmo tempo os titulares dos direitos fundamentais podem exigir que os órgãos

⁴³⁵ LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 228-230.

⁴³⁶ IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015, p. 75-76.

obrigados ajam para garantir este direito, assim como todos estes direitos fundamentais – inclusive os sociais –, Thaís Zuba afirma que “formam a base do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito”⁴³⁷.

Não obstante, a prescrição de aplicabilidade imediata prevista no §1º do Art. 5º da Constituição Federal gera uma presunção em favor da plena aplicabilidade inclusive dos direitos sociais que dependem de uma prestação positiva do Estado⁴³⁸. Dotados de caráter vinculativo e imperatividade, impõe ao legislador um dever de criar densidade normativa para efetivar os Direitos Sociais na Constituição por meio da atividade legiferante, e impõe um não dever de, após criadas as normas, voltar a um vácuo normativo o que é diferente de se mudar a forma da prestação, o que pode depender de ideologia e vontade do governante⁴³⁹.

No entender de Sarlet, o Princípio da Vedação ao Retrocesso é fundamentado sobre a base do Princípio da Segurança Jurídica, o que abrange um direito à segurança social, pessoal e da proteção à confiança: esta situação de inconstância em que os cidadãos não podem sequer confiar nas normas concretizadas pelo Estado Democrático de Direito o qual objetiva a justiça social, viola o Princípio da Segurança Jurídica, o Princípio da Confiança e por consequência o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana⁴⁴⁰. Mais enfaticamente diz o jurista:

[...] Como concretização do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança serve como fundamento para limitação de leis retroativas que agridem situações fáticas já consolidadas (retroatividade própria), ou que atingem situações fáticas atuais, acabando, contudo, por restringir posições jurídicas geradas no passado (retroatividade imprópria), já que a idéia [sic] de segurança jurídica *pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual*. Com base no princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade. [...]

De todo o exposto, recolhe-se ainda, na esteira da lição de Harmut Maurer (muito embora este não tenha explorado com maior ênfase a questão da proibição de retrocesso no sentido aqui proposto), que segurança jurídica acaba por significar igualmente uma certa garantia de continuidade da ordem

⁴³⁷ ZUBA, Thaís Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 107.

⁴³⁸ ZUBA, Thaís Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 108.

⁴³⁹ ZUBA, Thaís Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 109-110.

⁴⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 124.

jurídica, que evidentemente não se assegura exclusivamente com a limitação de medidas estatais tipicamente retroativas. Que o princípio da proibição de retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade do ordenamento jurídico nos parece, portanto, mais um dado elementar a ser levado em conta.⁴⁴¹

Neste ponto, recorde-se que Luhmann diz ser infrutífero tentar se prevenir de riscos com base nesta ideia de confiança, pois isto implica que algo que a pessoa não podia prever poderia ser entendido como se houvesse intenção de praticar o ato (dolo) e por conseguinte quebrar a confiança⁴⁴². Entretanto, esta ideia não se confunde com o que foi apresentado acima, não se trata de proteger dos riscos para gerar confiança *per se*, mas como apresentam Flavia Piovesan e Daniela Ikawa, trata-se sim da:

A idéia de um direito à segurança de direitos se centra na própria idéia de dignidade, na idéia de que existem certos direitos fundamentais, que, embora construídos historicamente, fundamentam-se em um valor intrínseco ao ser humano: a dignidade. Nesse sentido, o direito à segurança de direitos perfaz um direito ao não retrocesso, um direito à preservação de direitos já reconhecidos institucionalmente, um direito ao universalismo atemporal de direitos.

[...] O reconhecimento de um direito à segurança de direitos implica, especialmente em situações de emergência, o reconhecimento de que o indivíduo, e não o Estado, está no centro das discussões sobre segurança. Procura-se consolidar, tanto no âmbito nacional quanto no internacional, a perspectiva, inerente à proteção de direitos, segundo a qual valores humanitários deve se sobrepor a valores meramente estatais. Ainda tomando-se por base o princípio da indivisibilidade e da interdependência, o direito à segurança de direitos abarca não apenas as garantias a direitos civis e políticos, mas também as garantias necessárias à proteção de direitos econômicos, sociais e culturais.⁴⁴³

Estas Piovesan e Ikawa ainda ressaltam as situações em que este princípio não é aplicado uma vez que ele não é absoluto:

Nesse contexto, restrições a direitos civis, políticos, sociais, econômicos ou culturais apenas são admissíveis, em situações excepcionais, quando respeitada uma série de limitações. Dentre essas limitações, destacam-se: (a) o respeito à finalidade pública, em consonância com a preservação da sociedade democrática, do reconhecimento do outro como ser digno de

⁴⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 124.

⁴⁴² LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017. p. 122-123.

⁴⁴³ PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 47-86.

consideração e respeito, e do princípio da não discriminação; (b) a previsão das restrições em lei, utilizando-se a participação popular, como freio a restrições indevidas; (c) a compatibilização com o conteúdo e os propósitos de convenções de direitos humanos; (d) a observância do princípio da proporcionalidade entre meios e fins, isto é, a escolha dos meios mais eficazes e menos intrusivos possíveis na restrição de direitos; (e) a utilização de critérios precisos na configuração e na implementação de políticas restritivas; (f) a contenção da discricionariedade daqueles com poder de decisão sobre as restrições; (g) a preservação da essência do direito restringido e (h) a adoção de interpretações restritivas em favor da máxima proteção do direito.⁴⁴⁴

Esta é uma forma de proteger a vontade geral⁴⁴⁵ oriunda da Assembleia Nacional Constituinte, uma forma de proteger a ideia-diretriz, o eu social e o Sistema do Direito⁴⁴⁶ contra incursões privadas, advindas de outros sistemas ou fruto de circunstâncias de eventuais maiorias no poder.

Para fundamentar o Princípio da Proibição de Retrocesso Social perpassa-se pela noção da ideia da segurança jurídica como parte da noção de dignidade da pessoa humana apresentada pela autora, ela apresenta um estudo comparado⁴⁴⁷ onde é possível encontrar as raízes desse princípio na Constituição portuguesa de 1976 em que a parte sobre as estruturas econômicas e sociais era vista como uma forma de “[...] promover a igualdade real entre os cidadãos [...]”; dentre outros⁴⁴⁸. Thaís Zuba apresenta jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal que acrescenta a este estudo comparado o Acórdão nº 39 de 1984, sobre este, explica a autora que esta jurisprudência:

⁴⁴⁴ PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 47-84.

⁴⁴⁵ Para Rousseau vontade traduz-se no seguinte conceito: juntando-se as vontades particulares, destruindo-se mutuamente as vontades mais para um extremo e mais para o outro extremo, resta – da sobra destas diferenças de vontades particulares intermediárias – a vontade geral. Propende à igualdade, se refere apenas ao interesse comum, obriga e favorece igualmente todos os cidadãos. Visa a felicidade e liberdade de todos e só ela pode dirigir as forças do estado em conformidade com o objetivo de sua instituição através do ato de soberania (o próprio exercício da vontade geral). ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 38-43, 114-115, 126-127.

⁴⁴⁶ Especificamente o brasileiro fruto da Constituição Federal de 1988 etc.

⁴⁴⁷ Para ver em mais detalhes, ver ZUBA, Thaís Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 112-114.

⁴⁴⁸ Como: no Art. 30 da Declaração de Direito do Homem que elenca esta proibição de ato tendente à destruição dos direitos e liberdades estabelecidos naquele documento; indícios no Art. 19, VIII da constituição da Organização Internacional do Trabalho; o Art. 1º da Declaração da Filadélfia que estabelece um esforço contínuo e ininterrupto em prol do progresso da legislação laboral e luta contra a carência; no Pacto de Direitos Civis e Políticos e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais aprovados pela Assembleia das Nações Unidas em 1966 há proibição de restrição ou suspensão dos direitos ali previstos por normas nacionais que os tornem menos abrangentes; no mesmo sentido apresentou o Art. 4º do Protocolo de São Salvador em 1966 do qual o Brasil participou como membro da Organização dos Estados Americanos; Art. 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos; Art. 1.2 da Convenção contra a Tortura; Art. 41 da Convenção sobre os Direitos da Criança.

[...] declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde. Sob o argumento de que com essa revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde, alicerçado no art. 64 da Constituição da República Portuguesa, ainda mais em se considerando que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde, a Corte portuguesa decidiu que haveria um retrocesso social caso se decidisse pela revogação da lei do Serviço à Saúde, que seria extinto sem colocar nada no seu lugar.⁴⁴⁹

No Brasil em matéria de Seguridade Social, este princípio apareceu timidamente na já apresentada ADI nº 2.065/DF, mas a autora ainda cita a ADI nº 3.105/DF onde o voto vencido foi o do Ministro Celso de Melo quem apresentou o Acórdão português nº 39/1984:

[...] Em seu voto, traz inclusive o magistério doutrinário espanhol, afirmando a importância do controle jurídico-constitucional dos Tribunal quanto ao tema:

“Impõe-se advertir, com apoio em autorizado magistério doutrinário (ENTERRÍA, Eduardo García de, *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3. Ed. Madri: Civitas, 1983), que as razões de Estado – quando invocadas como argumento de sustentação das pretensões do Poder Público – representam expressão de um perigoso ensaio destinado a submeter, à vontade do Príncipe (o que se revela absolutamente intolerável), a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da República, comprometendo, desse modo, a ideia de que o exercício do poder estatal, quando praticado sob a égide de um regime democrático, está permanentemente exposto à fiscalização de ordem jurídico-constitucional dos magistrados e Tribunais. [...]”⁴⁵⁰

Frise-se neste ponto que o CNSS foi extinto por Medida Provisória não retificada pelo legislativo. Antes da Emenda Constitucional nº 32/2011, o Poder Executivo podia fazer Medidas Provisórias e as renovar a cada trinta dias. Assim, uma simples Medida Provisória extinguiu o Conselho Nacional da Seguridade Social, a Medida foi reeditada mês a mês até que fosse alcançada pela “eternização” do Art. 2º da Emenda Constitucional nº 32/2001⁴⁵¹.

Como um todo esta EC nº 32/2001 foi essencial para reestabelecer o equilíbrio entre os poderes, pois por meio da reedição de Medidas Provisórias o Poder Executivo poderia governar sem o poder legislativo. Não obstante, a Medida Provisória é para ter natureza de ato

⁴⁴⁹ Para ver em mais detalhes, ver ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 112-114.

⁴⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 3105 DF**. Ementa: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. (...)Relatora: Min. Ellen Gracie. Data de julgamento: 18/08/2004, Data de publicação: DJ nº 33, 18/02/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2192089>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁴⁵¹ “Art. 2º As medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional.”. BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

normativo de urgência⁴⁵² e o Poder Executivo a usava fora dos limites materiais estabelecidos na Constituição, como é o caso da ausência de urgência na extinção do CNSS.

Rogério José Bento Soares do Nascimento aponta para a inconstitucionalidade apenas do Art. 2º desta Emenda Constitucional, ressaltando a importância desta Emenda para resguardar a competência normativa do Congresso Nacional em face da atribuição normativa de outros Poderes prevista no inciso XI do Art. 49 da Constituição Federal⁴⁵³, mas condenando a “eternização” das Medidas Provisórias anteriores à promulgação desta emenda constitucional:

No art. 2º a Emenda Constitucional nº 32 confere vigência permanente a atos que o poder constituinte originário determinou fossem provisórios, as medidas com força de lei, editadas pelo Presidente da República antes da reforma. Ao conferir eficácia plena indeterminada, alcançando situações futuras, sob o pretexto de ditar norma intertemporal de transição entre o regime originário e novo regime, o poder reformador eliminou diferenças essenciais entre as medidas provisórias e a lei. A imposição de provisoriedade não significa um aspecto accidental do ato. Sua provisoriedade está diretamente relacionada com a partilha de poderes e deriva do fato de serem emanadas de um órgão sem função legislativa. No sistema presidencialista de governo, a atribuição legislativa é função natural do órgão colegiado de representação popular, não do Executivo unipessoal. Sem a provisoriedade o equilíbrio entre [sic] os Poderes acabam ferido no seu cerne. Quando muito seria tolerável que a Emenda submetesse as medidas pendentes ao regime novo ou estabelecesse um prazo especial para o seu exame, a exemplo da solução adotada no art. 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias relativamente aos decretos-lei do regime militar.

O princípio da separação de poderes que, conforme se viu no capítulo primeiro, permanece atual e útil, sendo cláusula imutável, pressupõe o respeito a tais limites. Além do mais, ferir o equilíbrio entre os poderes constituídos, fazendo com que o Executivo sobressaia frente aos demais poderes, significa abdicar de satisfazer aos direitos fundamentais, os quais, como foi demonstrado no capítulo segundo, são pressupostos da gênese democrática do Direito e, portanto, da legitimidade da ordem jurídica positiva. Ao estender o regime jurídico das leis aos atos normativos do Executivo, anteriores à emenda, o Congresso Nacional atacou frontal e simultaneamente a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.

454

É neste sentido que o comentário de Eduardo Garcia Enterría colacionado pelo Ministro Celso de Melo se torna particularmente aplicável a este caso, pois trata-se de fato subverter a autoridade hierárquico-normativa da própria Constituição da Federal “[...] à

⁴⁵² NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do poder de legislar**: Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 210.

⁴⁵³ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do poder de legislar**: Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 245.

⁴⁵⁴ NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do poder de legislar**: Controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 245.

vontade do Príncipe”, uma verdadeira interferência do Poder Executivo em Atribuições do Poder Legislativo que é o Poder capaz de fazer atos mais próximos⁴⁵⁵ de atos soberanos e não os atos particulares de governo⁴⁵⁶. Permanece até hoje omissão legislativa em rever esta medida provisória⁴⁵⁷ o que consuma a ingerência do sistema político sobre o sistema do direito que ignora o acoplamento estrutural entre eles.

Feita esta observação, retorna-se à discussão. Destaque-se outro trecho do voto do Ministro Celso de Melo:

Destaca-se que o ministro Celso de Melo elucida que a otimização da eficácia e efetividade de um direito à segurança jurídica exige certa proteção contra medidas do Poder Público que venham a aniquilar ou mesmo reduzir, de maneira ofensiva à dignidade da pessoa, ou ainda, os níveis já concretizados de proteção social em nosso ordenamento. E sobre o princípio da proibição do retrocesso, afirma-o expressamente:

“Refiro-me, neste passo, ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas [...], impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive [...]”.

Sobre a mesma ótica, o ministro Carlos Britto esclarece que as cláusulas pétreas na Constituição de 1988 “[...] não cumprem uma função conservadora, mas, sim, impeditivas de retrocesso, ou seja, garantem o progresso. O progresso então obtido é preciso ser salvaguardado [...]”.⁴⁵⁸

Novamente, é relevante este apontamento do Ministro Carlos Ayres Britto, pois não se defende que a forma como é prestado o direito social seja intocável, é possível adequar

⁴⁵⁵ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 114-115.

⁴⁵⁶ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 33, 47-48, 51-52.

⁴⁵⁷ Em 2014 foi publicada matéria sobre o assunto, segue trecho: “André Sak, diretor da Secretaria Legislativa do Congresso Nacional, explica que as MPs continuam sendo tratadas como qualquer outra matéria em tramitação. — Temos que publicá-las em toda Ordem do Dia. Recentemente, fizemos um mutirão e preparamos encaminhamento de votação para todas elas, para agilizar o trabalho numa eventual retomada da tramitação — relata. As MPs não estão sob responsabilidade da Câmara ou do Senado porque, segundo as regras de tramitação anteriores à EC 32, as medidas provisórias deviam ser analisadas em sessão do Congresso Nacional. Outro aspecto curioso é que as comissões mistas para análise prévia de algumas dessas MPs precisam continuar existindo enquanto elas estiverem em tramitação. Esses órgãos, constituídos há mais de uma década, ainda estão formados de modo protocolar e seria necessário que voltassem a promover reuniões para debater ou deliberar alguma das medidas. — É claro que essa regra é inaplicável. As bancadas mudaram, há partidos que não existem mais e alguns parlamentares nem estão mais vivos — ressalta Sak. O diretor relata que é muito raro haver alguma iniciativa para movimentar essas medidas provisórias. Geralmente, quem a toma são membros da sociedade civil, por meio de parlamentares.”. OLIVEIRA, Guilherme. Cinquenta medidas provisórias de 2001 ainda estão válidas. **Agência Senado**. 20 out. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/10/20/cinquenta-medidas-provisorias-de-2001-ainda-estao-validas>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁴⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 3105 DF**. Ementa: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. (...)Relatora: Min. Ellen Gracie. Data de julgamento: 18/08/2004, Data de publicação: DJ nº 33, 18/02/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2192089>. Acesso em: 03 jun. 2020.

aquela proteção a cada governo. O que é inconstitucional é voltar a um vácuo normativo ou regredir o direito social tendente a aboli-lo.

Canotilho reforça que este princípio deriva da proteção à confiança em relação a redução ou aniquilações de direitos arbitrários, reforça ainda que estes direitos de cunho social uma vez alcançados se tornam um direito subjetivo:

O princípio da democracia económica e social aponta para a *proibição de retrocesso social*.

A ideia aqui expressa tem sido designada como proibição de <<contra-revolução social>> ou da <<evolução reaccionária>>. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*. Desta forma, e independente do problema <<fático>> da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural* (cfr. *Infra*, Parte IV, Padrão II). O reconhecimento desta protecção de <<direitos prestacionais de propriedade>>, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e expectativas subjectivamente alicerçadas. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada <<justiça social>> (assim, por ex., será inconstitucional uma lei que reduza o âmbito dos cidadãos com direito a subsídio de desemprego e pretenda alargar o tempo de trabalho necessário para a aquisição do direito à reforma) (cfr. *Infra*, Parte IV, Padrão II, e Ac TC 39/84). De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar inquebrantavelmente os princípios do Estado de direito vinculativos da atividade legislativa.⁴⁵⁹

É o caso da extinção do CNSS, pois o CNSS não foi extinto para criar um órgão nos mesmos parâmetros do Art. 194 *caput*, parágrafo único inciso VII e Art. 195, § 2º da Constituição Federal. O que foi extinto foi o elo de integração entre as políticas públicas relativas à saúde, assistência social e previdência social, assim como agora apenas existe a previsibilidade de gestão quadripartite dentro do CNPS de acordo com a ADO nº 2.634/DF. Ainda, não dá para dizer que estão sequer sobre uma mesma gestão uma vez que estes conselhos estão distribuídos entre os mais distintos Ministérios.

⁴⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 468-469.

Thaís Zuba ainda busca outras características do Princípio da Vedação do Retrocesso em diversos doutrinadores: Ingo W. Sarlet vê que este princípio decorre do Princípio da Segurança Jurídica “[...] de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito”⁴⁶⁰, havendo, nas palavras da autora, “[...] uma interligação da segurança jurídica e o princípio da dignidade da pessoa humana numa conexão direta e perfeita [...]”⁴⁶¹, mais precisamente, para Ingo Sarlet, o Princípio da Vedação do Retrocesso decorre implicitamente do Princípio do Estado Democrático e Social de Direito, do Princípio da Segurança Jurídica, do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e do Princípio da Máxima Eficácia e Efetividade dos Direitos Fundamentais⁴⁶²; para Canotilho ainda há íntima relação com o princípio da Proteção da Confiança como elemento nuclear do Estado de Direito⁴⁶³; para a Ministra Carmen Lúcia Antunes de Rocha estes princípios são conquistas históricas dos direitos fundamentais “[...] segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares”⁴⁶⁴.

Existe posições divergentes que defende que considerar este princípio seria impor um limite ao legislador que deveria ter autonomia para legislar⁴⁶⁵. Entretanto, como tem sido apresentado e como defende Sarlet⁴⁶⁶, este é um princípio e não uma regra e, adotar este princípio como se regra fosse, faria com que se atribuísse um status constitucional a normas infraconstitucionais. Por outro lado, desconsiderar por completo este princípio seria permitir

⁴⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 442.

⁴⁶¹ ZUBA, Thaís Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 116.

⁴⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 442-444.

⁴⁶³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 371-382.

⁴⁶⁴ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 2, p. 49-67, dez. 2001. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁴⁶⁵ BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996, p. 161.

⁴⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 6, n. 371, 17 jan. 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/93-artigos-jan-2006/4614-a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro-formato-pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

que o legislador fraude a própria norma constitucional⁴⁶⁷, além de decisões tomadas na Assembleia Nacional Constituinte, como resumiu Zuba “[...] não se pode admitir que em nome dessa liberdade de conformação do legislativo se esvazie ou se desvalorize o teor jurídico dos direitos sociais, bem como sua própria fundamentalidade”⁴⁶⁸.

Tal crítica feita ao princípio aqui discutido apenas se sustenta caso se parta da premissa de que os Direitos Sociais não são Direitos Fundamentais protegidos por cláusula pétrea. A premissa deste estudo é que a Constituição Federal é um ato soberano da vontade geral, basicamente o que tem poder para desfazer estas conquistas (por uma forma ainda democrática) seria uma nova constituinte e, conseqüentemente, uma nova Constituição. Mas a partir do momento em que se tem esta Constituição Federal como acoplamento estrutural, então sim o Sistema Político possui como segundo código o Sistema do Direito. Gilmar Mendes discorre sobre a preservação deste núcleo fundamental da Constituição:

É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares e dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J. J. Gomes Canotilho em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros limites textuais implícitos.⁴⁶⁹

Entretanto, a crítica dela só é infundada se considerar o extremo de partir de outra premissa, mas mesmo dentro da premissa adotada neste estudo o Princípio de Vedação de Retrocesso não é absoluto, de fato deve ser ponderado com a autonomia legiferante. Ingo Sarlet ressalta que o extremo deste princípio poderia transmutar a norma infraconstitucional para normas de natureza constitucional⁴⁷⁰.

Ingo Sarlet então discorre sobre as possibilidades de mitigação do Princípio da Vedação de Retrocesso em correlação direta com o núcleo essencial dos Direitos Sociais “Que tal núcleo essencial encontra-se diretamente vinculado ao princípio da dignidade da

⁴⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 453.

⁴⁶⁸ ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 118-119.

⁴⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, posição 35-513-35.516.

⁴⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. *In*: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 117.

pessoa humana, notadamente (em se tratando de direitos sociais prestacionais) ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade [...]”⁴⁷¹. O jurista estudou o acórdão nº 509/2002 do Tribunal Constitucional de Portugal e conclui:

Da análise da paradigmática decisão ora citada, que harmoniza com a argumentação desenvolvida ao longo do presente texto, resulta que uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas, já que – como bem revela o caso ora examinado – também haverá de ser respeitado o princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, pelo menos daqueles que possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana [...].

Considerando que o núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive sociais, nem sempre corresponde ao seu conteúdo em dignidade (que poderá ser variável, a depender do direito fundamental em causa), é de se admitir até mesmo a eventual inconstitucionalidade de medidas que – mesmo não afetando diretamente a dignidade da pessoa humana – inequivocamente estejam a invadir o núcleo essencial.⁴⁷²

No Brasil já houve decisões do Supremo Tribunal Federal que se utilizou deste princípio em matéria de direitos sociais (apesar de não ser referente à seguridade social). Neste julgado foi inclusive afasta a cláusula de reserva do possível como se observa do Agravo em Recurso Extraordinário nº 639.337/SP:

[...] A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à

⁴⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 120.

⁴⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 120.

assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.[...] ⁴⁷³

Em relação ao presente caso o que há de base constitucional são questões formais como a Emenda Constitucional nº 32/2001, dentre outras já citadas. Sobre o núcleo essencial, a Constituinte – ato de soberania da vontade geral⁴⁷⁴ – teve um debate destacado pela controvérsia de ideias. Se observa o Brasil como Modernidade Periférica também ao se observar uma subinclusão na participação da gestão do governo inicialmente prevista na Constituição, esta menor participação faz com que estes subincluídos sequer opinem em políticas de seguridade social que determinarão suas padrões biográficos, ainda, sem participação estas pessoas dependerão da vontade atual do governo para determinar se eles terão maior ou menor apoio do Estado para garantir que estas pessoas possam responder adequadamente aos riscos sociais, ou seja, se serão socialmente vulneráveis⁴⁷⁵.

⁴⁷³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE: 639337/SP**. Ementa: (...) Legitimidade constitucional da intervenção do poder judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na constituição - inocorrência de transgressão ao postulado da separação de poderes - proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” - reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social – (...) Relator: Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 23/08/2011, Data de publicação: DJ nº 177, 15/09/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4063691>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁴⁷⁴ Para Rousseau vontade traduz-se no seguinte conceito: juntando-se as vontades particulares, destruindo-se mutuamente as vontades mais para um extremo e mais para o outro extremo, resta – da sobra destas diferenças de vontades particulares intermediárias – a vontade geral. Propende à igualdade, se refere apenas ao interesse comum, obriga e favorece igualmente todos os cidadãos. Visa a felicidade e liberdade de todos e só ela pode dirigir as forças do estado em conformidade com o objetivo de sua instituição através do ato de soberania (o próprio exercício da vontade geral). ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p. 38-43, 114-115, 126-127.

⁴⁷⁵ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 366.

Em geral as razões para extinguir o CNSS são: as decisões dele nunca eram implementadas e, portanto, gastava dinheiro público à toa.

Discorda-se deste entendimento, pois além de haver uma quebra da confiança individual na continuidade do ordenamento jurídica, ainda assim o reestabelecimento de instituição semelhante seria de grande valia para o bem da coletividade grande parte estudado nos tópicos anteriores deste capítulo.

Contudo, não se ignora o fato de que há momentos de recessão do Estado. Por exemplo, o governo Bolsonaro cortou verbas para a passagem e estadia de diversos conselheiros e chegou a sugerir que as reuniões pudessem ocorrer à distância por meios virtuais⁴⁷⁶. A ideia não pode ser descartada de plano, pode ser que esta forma de implementar o conselho funcione, a questão é debater estas possibilidades e por fim implementá-las, pois só a prática poderá provar a maneira mais adequada para cada tempo. Em que pese esta não seja uma discussão jurídica, talvez o diálogo sobre estas possibilidades seja necessário para encontrar soluções jurídicas comuns com estas questões em vez de permitir que os códigos dos sistemas políticos e econômicos simplesmente se sobreponham ao jurídico.

3.3 A extinção do CNSS como um fator de risco para o Estado Democrático de Direito

Rememora-se que a Constituição Federal de 1988, é apenas texto, a norma se fixa com a sua interpretação e aplicação. Então, a criação do CNSS foi tardia e sua extinção muito precipitada. Não se pode afirmar que certamente seria a solução, afinal, como diz Luhmann, todos são vinculados ao tempo e para Beck os riscos são ameaças projetadas para o futuro, incalculáveis, invisíveis, irreversíveis, podem ser deslocalizados, podem não ter compensabilidade e tem potencial de alcance universal. Ou seja, a existência deste conselho poderia ter feito as coisas melhores ou não, fato é que durante este período a DRU até recentemente vigorava, houve reforma trabalhista, está e reforma da previdência que podem ser boas economicamente a médio prazo⁴⁷⁷, mas têm tendido a reduzir os direitos dos

⁴⁷⁶ BOLSONARO elimina seleção independente para membros do conselho de proteção à criança. **El País**, São Paulo, 06 set. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/05/deportes/1567700829_852599.html. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁴⁷⁷ MÁXIMO, Wellton. **Governo revisa para R\$ 855,7 bi economia com reforma da Previdência**: inclusão de medidas para estados e prefeituras aumentou estimativa. 09 dez. 2019. Disponível em: agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-12/governo-revisa-para-r-8557-bi-economia-com-reforma-da-previdencia. Acesso em: 03 jun. 2020.

trabalhadores⁴⁷⁸ e da seguridade social⁴⁷⁹, mas não sobre isto que se aprofundará no momento. A questão é que estas reformas têm ocorrido em um tempo relativamente curto para sempre serem feitas de última hora como medida de urgência sem deixar opção além de impor o sistema econômico sobre o do direito abruptamente.

Afirma-se apenas que estas formas de vivenciar a Constituição Federal – ou seja, com base em disputas definitórias a serem decididas futuramente em arenas de comunicação organizada e independente públicas – devem ser observadas na prática, pois assim definiu a vontade geral⁴⁸⁰ por ocasião da Constituição de 1988.

É possível dizer que na época houve uma interferência do Sistema Político sobre o Sistema Jurídico, pois esta extinção ocorreu por Medida Provisória, uma decisão do executivo, renovada a cada três meses buscando a permanência do que era para ser provisório e que, por praticidade, foi tornada lei até que outra fosse feita, mas que por omissão do legislativo jamais o foi.

Por outro lado, a existência da DRU não se encaixava sequer com o § 4º do mesmo artigo: “§ 4º A lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I.”, uma vez que a Constituição prevê apenas a expansão deste orçamento, enquanto a DRU era um decréscimo que, portanto, tendia a tirar a aplicação deste artigo. Quanto o mais, a DRU não se encaixava com os parâmetros de justiça social e nem no objetivo fundamental: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”. Não obstante, este instituto foi extinto apenas em 2019 com a EC 103/2019⁴⁸¹.

⁴⁷⁸ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Application of International Labour Standards 2020**. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations. International Labour Conference 109th Session, 2020. p. 79-83. Disponível em: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/109/reports/reports-to-the-conference/WCMS_736204/lang-en/index.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁴⁷⁹ BRASIL. Ministério da Mulher, Da Família E Dos Direitos Humanos/Conselho Nacional Dos Direitos Humanos. **Recomendação n. 11, de 11 de agosto de 2019**. 26 ago. 2019. Edição 164, seção 1, p. 65. Disponível em: www.in.gov.br/en/web/dou/-/recomendacao-n-11-de-14-de-agosto-de-2019-212421217. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁴⁸⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996, p. 37-38.

⁴⁸¹ Art. 2º O art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 76. § 4º A desvinculação de que trata o caput não se aplica às receitas das contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social." (NR). BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

Antes, contudo, Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não julgou inconstitucional a DRU em controle constitucional difuso por ocasião dos Recursos Extraordinários n^{os} 537.610/RS, 537.668/RS e 596.724/DF⁴⁸², pois a DRU foi feita por Emenda Constitucional e por estar presente este requisito formal, foi considerado que era razão o suficiente para o STF a considerar constitucional. Entretanto, esta percepção ignora o Princípio da Unidade da Constituição e considera-a formalmente constitucional apesar de ela não ser materialmente harmônica com o resto da Constituição Federal.

Sobre a extinção da DRU, resta a dúvida sobre como ocorrerão as novas dinâmicas após sua extinção, pois de uma forma ou de outra a política brasileira havia normalizado o que deveria ser exceção, ou seja, por mais de 25 anos o OF levou em consideração de 20% a 30% de verbas advindas do OSS. Para observar como se dará esta dinâmica é essencial dentre outras ações observar as disposições da reforma tributária que impactam o OSS.

Em suma, o que se extrai do presente estudo para este ponto é a necessidade de acompanhar para ver se o OSS não é legalmente destinado ao OF como uma nova forma de naturalizar um esvaimento do OSS analogamente ao que ocorria com a DRU em movimento que se afasta dos parâmetros de justiça social e dos objetivos fundamentais da Constituição Federal. Este tipo de acompanhamento seria uma das atribuições do CNSS.

Enfim, apesar de se ter estudado diversos pensamentos até então, um ponto em comum entre eles é a necessidade de comunicação.

Ulrich Beck fala que é necessário exigir contas das subpolíticas⁴⁸³, mas sem interferir nestas áreas e sem impedi-las de progredir, para isto um dos pilares é uma esfera pública participativa pluralista ou interdisciplinar forte e independente onde seja possível fluir a autocrítica⁴⁸⁴ de forma qualificada e plural⁴⁸⁵. Esta seria uma arena pública que por meio de

⁴⁸² DIAS, Matheus Campos. **A seguridade social e a Desvinculação das Receitas da União (DRU)**. 2017. 82 f. Monografia (Graduação de Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11770>. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁴⁸³ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 339.

⁴⁸⁴ "Para a pesquisa, isto certamente resultaria em que, já de saída, seria preciso discutir, entre alternativas e controvérsias, sobre os riscos de determinados passos e projetos, e por certo não apenas em esferas intradisciplinares, mas também em *esferas semipúblicas interdisciplinares*, ainda a serem criadas institucionalmente. Em que formato poderiam ser organizadas e que possibilidades de controle essas instâncias inter e supraprofissionais deveriam estar em condições de exercer é algo que [sic] no entanto [sic] sequer precisa ser esboçado sobre uma folha de papel em branco". BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 340.

⁴⁸⁵ "Para a pesquisa, isto certamente resultaria em que, já de saída, seria preciso discutir, entre alternativas e controvérsias, sobre os riscos de determinados passos e projetos, e por certo não apenas em esferas

disputas definitórias⁴⁸⁶ sobre qual deve ser o risco social mais urgente, produziria entendimentos adequados às necessidades postas. Tal processo de definição de riscos sociais muda consideravelmente rápido uma vez que os riscos sociais são sistematicamente agravados com o desenvolvimento⁴⁸⁷. Neste sentido a comunicação tem que ser fluida e flexível para atender as necessidades de cada tempo e lugar, sobretudo com forte participação democrática e iniciativas da sociedade civil⁴⁸⁸.

Niklas Luhmann ressalta o paradoxo gerado pela tensão entre a dimensão social e a dimensão temporal, pois quanto mais se previne de riscos e quanto mais se protege destes, quanto mais se gera novos tipos de riscos⁴⁸⁹, portanto é um trabalho constante e inevitável. Retomando Ulrich Beck, com novas percepções de risco, veem também oportunidades para a política expandir a sua influência em “terras ainda sem lei” – mesmo que de forma tímida, pois qualquer regulação neste tipo de área já é melhor do que nada e com isto evitando zonas de condicionamento sistêmico ilegítimas⁴⁹⁰.

Voltando a Luhmann, a comunicação organizada da opinião pública como um espelho⁴⁹¹ para o decisor ver o impacto de suas decisões, além de ser um convite para as pessoas observarem como o outro observa, na busca de compreensão e consenso⁴⁹². Este *feedback* também pode refinar a compreensão de um objeto quando observado por alguém com expertise na área, então para ele é interessante cultivar esta comunicação organizada por canais paralelos em que as pessoas podem reconstruir o universo das próprias observações⁴⁹³.

intradisciplinares, mas também em *esferas semipúblicas interdisciplinares*, ainda a serem criadas institucionalmente. Em que formato poderiam ser organizadas e que possibilidades de controle essas instâncias inter e supraprofissionais deveriam estar em condições de exercer é algo que [sic] no entanto [sic] sequer precisa ser esboçado sobre uma folha de papel em branco”. BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 340.

⁴⁸⁶ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 56.

⁴⁸⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 26.

⁴⁸⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 335.

⁴⁸⁹ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 37-38.

⁴⁹⁰ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 331-332.

⁴⁹¹ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 227.

⁴⁹² LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 230-231.

⁴⁹³ LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017, p. 229-231.

Marcelo Neves explica pelo pensamento luhmanniano que o povo é o que legitima o poder e é quem fecha o sistema político democrático⁴⁹⁴. Diferente dos dois anteriores, Marcelo Neves não defende que esta comunicação seja pensada para garantir um consenso entre as pessoas, pois o pluralismo político é exatamente um fundamento do Estado Democrático de Direito⁴⁹⁵. De forma diferente, ele defende que haja apenas um consenso: em relação aos procedimentos para que, como disse Florestan Fernandes, sempre exista um canal aberto para mudanças⁴⁹⁶. Uma hora uns ganham e outros perdem, mas há consenso de que isto é legítimo, pois esta balança pode mudar desde que mantido este núcleo essencial.

Esta forma procedimental em que há uma participação social para criar o plano de ação de desenvolvimento da seguridade social garante que haja o dissenso no processo de decisão, visto que uma decisão mais constante não foi alcançada na Assembleia Constituinte Originária⁴⁹⁷.

Bucci dá um grande peso a este processo decisório⁴⁹⁸, visto que ali pode haver a recursividade da ideia-diretriz e do eu social⁴⁹⁹, fazendo com que exista mais forte uma manifestação de comunhão⁵⁰⁰ desde que o núcleo essencial foi criado na constituinte sobre qual era o interesse público e qual é até os dias hodiernos⁵⁰¹. Neste processo decisório a instituição pode se distinguir cada vez mais mantendo a sua existência objetiva e concreta mais ou menos completa, tornando-se única, porém mantendo as características básicas que a tornam permanente⁵⁰². Diz-se quase completa, pois o que se mantém é o fundamental, mas a

⁴⁹⁴ LUHMANN, 2000 apud NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008, nota 21. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56014>. Acesso em: 1º set. 2019.

⁴⁹⁵ NEVES, Marcelo. **Entre o Têmis e o Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012, p. 151-156.

⁴⁹⁶ FERNANDES, Florestan. **A constituição Inacabada**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989, p. 62.

⁴⁹⁷ FREIRE, Alonso. Trinta anos depois: uma análise do processo constituinte e do desempenho da Constituição Federal de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 132-133.

⁴⁹⁸ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 234-235.

⁴⁹⁹ ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 71-72, 74.

⁵⁰⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.169-170.

⁵⁰¹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 176-177.

⁵⁰² ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 83-87.

estrutura muda constantemente, pois ela é flexível e sensível às mudanças. Em outras palavras, encontra ressonância com Luhmann por ser sistema do tipo funcional-estrutural⁵⁰³.

Para completar este raciocínio, Alonso Freire⁵⁰⁴ constata isto no Processo Constituinte e Marcelo Neves fala da necessidade de haver, de fato, inclusão do povo como sujeitos de direito, como partes ativas do processo de deliberação para haver uma real concretização da Constituição Federal⁵⁰⁵. Após destacar a necessidade deste diálogo, passa-se aos aspectos democráticos da seguridade social.

Portanto, nessa configuração, tais forças poderão trazer as suas questões e, de forma democrática, chegar-se-á a uma decisão comum ou meio termo entre esses atores com o alcance de certa equidade. Por meio desse caráter democrático, ainda que não haja consenso, possa haver uma maior proximidade da visão do outro, levando a *insights* em que não precisa um lado perder para o outro ganhar, mas que pode haver formas de todos ou diversos lados ganharem. Mesmo que não ocorra este cenário otimista, a ideia é proteger o direito de participação e garantir a pluralidade política que permita haver a mudança de ideias e rumos dentro do Estado Democrático de Direito.

Com esta ideia-diretriz consistente da democracia, a Constituição Federal de 1988 previu que o conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade para assegurar a Seguridade Social seria – no mínimo⁵⁰⁶ – formado por uma gestão quadripartite entre os trabalhadores, os empregadores, os aposentados e o governo em órgãos colegiados.

⁵⁰³ LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005, p. 74.

⁵⁰⁴ FREIRE, Alonso. Trinta anos depois: uma análise do processo constituinte e do desempenho da Constituição Federal de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 124.

⁵⁰⁵ HÄRBELE, 1980 apud NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 86.

⁵⁰⁶ A gestão quadripartite é o mínimo, pois uma discussão ainda mais democrática em prol dos interesses da seguridade baseado em um objetivo de bem-estar e justiça social, também teria, por exemplo, representantes médicos e da assistência social que poderiam ter uma visão mais focada nos subsistemas em que estão inseridos. Questiona-se também a extinção dos Conselhos Estaduais, uma vez que as necessidades de cada região não são as mesmas em um país tão extenso como o Brasil. Elas também precisam ser mediatizadas para evitar conflitos entre os entes federativos ou para não afetar drasticamente regiões com as quais o decisor não tem familiaridade. A implementação destes conselhos estaduais se coadunaria com o objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Mas este tipo de discussão ensinaria um novo estudo, pois muito se questiona sobre a viabilidade econômica dos Conselhos Estaduais e municipais e sua efetiva contrapartida para a discussão democrática e o desenvolvimento nacional.

Enfim, com os avanços tecnológicos, nada impede que estas decisões sejam transmitidas via *internet*, o debate deste órgão colegiado poderia fomentar o debate na sociedade, para que, quando estes representantes se voltarem para seus subsistemas, possuam maior base para discussão, mesmo que nem todas estas pessoas falem diretamente para o governo, pois é preciso haver uma comunicação organizada. Ainda assim, esta educação faz com que haja recursividade na própria sociedade que não se consolidou ainda à cidadania como parte do eu social da democracia.

Como foi constatado no estudo do IPEA⁵⁰⁷, não basta apenas as diferentes visões, mas cada uma destas partes tem que ser devidamente assessoradas por técnicos econômicos, da área jurídica e etc. Pois não basta apenas ter uma visão diferente, é preciso ter as ferramentas para entender o outro lado para que a discussão não se torne vazia e polarizada, em que nenhum lado cede, nem busca soluções alternativas, pode-se dizer: uma forma de garantir a inclusão real destes grupos. Esta é uma forma de facilitar a inclusão, mas no que tange a exclusão externa, uma forma seria ao menos condicionar a aprovação do Orçamento da Seguridade Social após ouvir o CNSS semelhante ao Art. 71, inciso I da Constituição Federal que condiciona o Congresso Nacional a, ao menos, ouvir o parecer do Tribunal de Contas da União antes de julgar as contas do Presidente da República. Não se sugere que se ouça o CNSS antes de cada decisão política, mas que este conselho emita parecer obrigatório a cada, por exemplo, três meses.

Esta é uma forma trabalhosa de exercer a cidadania. Relembre-se que a constituição produzida após o procedimento de atividade constituinte é mera *emissão de texto constitucional*⁵⁰⁸, uma vez que esse texto constitucional possui diversas interpretações e aplicações, dependendo do âmbito normativo para transformar esse texto constitucional em *norma constitucional*⁵⁰⁹. Reforça-se que “o texto constitucional só obtém a sua normatividade mediante a inclusão do público pluralisticamente organizado no processo interpretativo, ou

⁵⁰⁷ DELGADO, Guilherme Costa; SCHWARZER, Helmut; QUERINO, Ana Carolina; LUCINI, Juana Andrade de. **A participação social na gestão pública: Avaliação da experiência do Conselho Nacional de Previdência Social (1991/2000).** Texto para discussão nº 909. Programa Rede-Ipea: Avaliação da participação social: Os Conselhos de Políticas Sociais. Brasília: IPEA, setembro de 2002. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4467. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁵⁰⁸ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 84-85.

⁵⁰⁹ HÄRBELE, 1980 apud NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica.** 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 86.

melhor, no processo de concretização constitucional”⁵¹⁰. Radicalmente falando ao analisar o Processo Constituinte, o texto constitucional nasceu simbólico⁵¹¹ e coube às futuras gerações interpretar este texto e concretizá-lo para dizer que há uma norma constitucional.

Para suportar esta ideia, remete-se ao estudo de Alonso Freire quem entrevistou pessoas que participaram da constituinte, ele expõe em alguns trechos como apenas havia texto e não norma constitucional:

[...] Constituintes revelam que as decisões eram tomadas com base nos interesses privados e econômicos que surgiam na cena e entravam no jogo. Muitas disposições constitucionais foram incluídas no texto sem qualquer deliberação secretamente.

Como testemunha Adriano Pilatti, “ali aconteceu um processo decisório caracterizado pelo dissenso”. Na constituinte impasses ganharam o apelido de “buracos negros”. Uma das saídas adotadas foi a transformação do dispositivo em uma norma de aplicabilidade mediata, por meio da inclusão da cláusula “na forma da lei”. Como relata Nelson Jobim em entrevista recente, “quando não se conseguia um acordo, e não tinha solução num texto ambíguo, eu usava a técnica de jogar para a lei complementar ou ordinária”. [...]

Em processos políticos como o constituinte, uma forma de se decidir é não decidir, adotando-se uma disposição controversa, mas de forma ambígua e indeterminada, assumindo compromissos dilatatórios ou dando à norma um caráter não binário. No que diz respeito aos compromissos dilatatórios, o constituinte Antonio Brito faz um relato do uso desse método:

“Como é que se resolve um impasse? Com palavras neutras ou estereis, e depois, no futuro, se identificará o que elas são. Essa é uma bela saída para resolver problema de texto. Se eu disser que a finalidade de uma coisa é promover o equilíbrio e o desenvolvimento, você não sabe de que coisa estou falando e concorda com a minha frase. Do ponto de vista político era bonito, porque nós não tínhamos como sair daquele impasse e a Constituição tinha que ser feita. Ninguém tinha maioria, ou era isso ou era nada. E nada era um negócio muito ruim naquele momento”

Nelson Jobim, que participou da constituinte na redação de dispositivos, contou, em entrevista recente, que lhe era pedido para introduzir ambiguidades até conseguir o voto da maioria.⁵¹²

Como afirmou Adriano Pillati no enxerto acima, este processo decisório foi marcado pelo dissenso, em alguns momentos um ideal prevaleceria sobre outro e vice-versa, mas esta

⁵¹⁰ HÄRBELE, 1980 apud NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 86.

⁵¹¹ Entendemos que no mínimo ele nasceu com aplicação imediata no sentido de gerar um não-dever para o Estado, mas neste contexto estamos falando de eficácia no sentido apresentado por Marcelo Neves.

⁵¹² FREIRE, Alonso. Trinta anos depois: uma análise do processo constituinte e do desempenho da Constituição Federal de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 132-133.

possibilidade de mudança sempre permaneceria disponível, pois a única ideia com que concordavam era em discordar.

O povo pluralisticamente organizado é essencial para criar a norma constitucional⁵¹³, Alonso Freire também aponta para o problema da ausência de verdadeira inclusão para a participação popular⁵¹⁴ e Florestan Fernandes com sua visão marxista já alertava:

Em suma, defender a Constituição implica em transformar concomitantemente a sociedade civil. Impõe-se engendrar o que Norberto Bobbio designou precisamente como *sociedade civil civilizada*. A paralisia do Congresso não pode nem deve repetir-se no âmbito da sociedade civil e da luta de classes. Caso contrário, a Constituição nascerá como algo morto ou sem alma e os de cima, por sua conta ou através do Estado, continuarão a pisotear os de baixo e a impedir a modernização como conquista interna. O freio à prepotência do Governo só emergirá da sociedade civil. Essa reação construtiva passa, primeiro, pela observância do texto constitucional e, em seguida, pelo fortalecimento da iniciativa e do poder populares, dos quais brotará a exigência de uma constituição viva, mais avançada, realista e democrática do que aparenta ser!⁵¹⁵

Em tom mais ponderado, Daniel Sarmiento ao estudar⁵¹⁶ o Princípio Republicano⁵¹⁷ ressalta que a compreensão contemporânea de república tem muitos pontos em comum com a democracia, em que não apenas se garante as liberdades e direitos políticos dos cidadãos, como também almeja que os cidadãos participem ativamente da gestão da *res publica*, que se engajem política e socialmente para não serem tratados “[...] como dócil ovelha de um

⁵¹³ HÄRBELE, 1980 apud NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins, Fontes, 2011, p. 86.

⁵¹⁴ FREIRE, Alonso. Trinta anos depois: uma análise do processo constituinte e do desempenho da Constituição Federal de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 136.

⁵¹⁵ FERNANDES, Florestan. **A constituição Inacabada**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989, p. 372.

⁵¹⁶ SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos de Constituição de 88: por uma república inclusiva. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 261-280.

⁵¹⁷ “Tradicionalmente, a república é concebida como forma de governo, em oposição à monarquia. Nessa compreensão, o princípio trata da organização do Estado. Nada obstante, ele não se esgota nisso, sendo também fonte de direitos e deveres para cidadãos e autoridades. Não bastasse, o princípio republicano apresenta forte dimensão aspiracional: ele desenha um ‘horizonte de sentido’, a ser perseguido pelo Estado e pela sociedade brasileira. Portanto, tal princípio desafia classificações das normas constitucionais pelo seu objeto: e.g., ‘normas de organização’, ‘normas definidoras de direitos’ e ‘normas programáticas’. O princípio republicano, como se verá, desempenha simultaneamente todos esses papéis.” SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos de Constituição de 88: por uma república inclusiva. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 264-265.

rebanho, a ser conduzida por algum governante-pastor', que supostamente conheça os caminhos certos para a coletividade"⁵¹⁸. Por fim, completa:

[...] Ademais, espera-se que a política não se resuma à disputa entre forças movidas por interesses egoísticos, mas se volte à busca coletiva do bem comum. Nessa chave, a esfera pública é idealmente concebida não como algo similar ao mercado – em que os agentes visam apenas a defender os próprios interesses –, mas como um fórum, em que existe disputa, mas também troca de razões e argumentos objetivando a identificação e persecução do interesse público.⁵¹⁹

Não obstante, os direitos fundamentais são essenciais para um estado democrático de direito. Para Canotilho os direitos fundamentais têm uma função democrática:

[...] Ao pressupor a participação igual dos cidadãos, o princípio democrático entrelaça-se com os direitos subjectivos de *participação* e *associação*, que se tornam, assim, fundamentos funcionais da democracia. Por sua vez, os direitos fundamentais, como *direitos subjectivos de liberdade*, criam um espaço pessoal contra o exercício de poder antidemocrático, e como direitos legitimadores de um domínio democrático asseguram o exercício da democracia mediante a exigência de *garantias de organização* e de *processos* com transparência democrática (princípio maioritário, publicidade crítica, direito eleitoral). Por fim, como direitos subjectivos a *prestações sociais, económicas e culturais*, os direitos fundamentais constituem dimensões impositivas para o *preenchimento intrínseco*, através do legislador democrático, desses direitos.⁵²⁰

Em suma, no Estado Democrático de Direito a comunicação feita por cidadãos no interesse da *res publica* é incentivada. Gilmar Mendes aponta a Teoria dos quatro status de Jellinek⁵²¹ em que um deles é o direito fundamental de participação⁵²². Uma expressão deste direito foi expressa em diversos artigos relativos à Ordem Social e ao Orçamento da

⁵¹⁸ SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos de Constituição de 88: por uma república inclusiva. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 274-275.

⁵¹⁹ SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos de Constituição de 88: por uma república inclusiva. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 275.

⁵²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, p. 431.

⁵²¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, posição: 3.914-4.179.

⁵²² “É preciso registrar a existência de discepção doutrinária. Tanto Canotilho como Alexy situam os diversos direitos políticos, conforme as suas características, entre os direitos a prestação ou entre os de defesa. Com isso, não cogitam dos direitos de participação como um terceiro grupo de direitos fundamentais. Mesmo quem adota essa terceira categoria não nega que esses direitos de participação possuem ‘características mistas de direitos de defesa e direitos a prestação’”. MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, posição: 4.167-4.172.

Seguridade Social, não podendo ser negligenciados. Uma vez que os direitos de participação possuem natureza mista⁵²³, sobre os Direitos de Prestação Jurídica, Gilmar Mendes afirma:

Além disso, há direitos fundamentais que dependem essencialmente de normas infraconstitucionais para ganhar pleno sentido. Há direitos que se condicionam a normas outras que definam o modo do seu exercício e até o seu significado.

Há direitos fundamentais que não prescindem da criação, por lei, de estruturas organizacionais, para que se tornem efetivos. Além disso, esses direitos podem requerer a adoção de medidas normativas que permitam aos indivíduos a participação efetiva na organização e nos procedimentos estabelecidos.

O direito à organização e ao procedimento envolve não só a exigência de edição de normas que deem vida aos direitos fundamentais, como também a previsão de que elas sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam.⁵²⁴

Portanto, para que haja uma concretização do *caput* e inciso VII do parágrafo único do Art. 194 e §2º do Art. 195 da Constituição Federal é necessário criar um espaço público com gestão quadripartite e isto só pode ser feito por lei. Indo além, não basta que este espaço seja como o antigo CNSS em que nada ali era realmente levado em consideração pelo governo⁵²⁵, pois havia exclusão interna do pensamentos do conselheiros, de forma contrária, deve ser criado com a preocupação de que haja uma inclusão interna para gerar igualdade material sendo uma passo no sentido de sair da Modernidade Periférica para a Modernidade Central⁵²⁶ pelo equilíbrio entre a classe dos subincluídos e sobreincluídos.

⁵²³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, posição: 4.167-4.172.

⁵²⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, posição: 3.994-4.004.

⁵²⁵ DELGADO, Guilherme Costa; SCHWARZER, Helmut; QUERINO, Ana Carolina; LUCINI, Juana Andrade de. **A participação social na gestão pública: Avaliação da experiência do Conselho Nacional de Previdência Social (1991/2000)**. Texto para discussão nº 909. Programa Rede-Ipea: Avaliação da participação social: Os Conselhos de Políticas Sociais. Brasília: IPEA, setembro de 2002. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4467. Acesso em: 03 jun. 2020.

⁵²⁶ É um modelo para refletir sobre a sociedade. Marcelo Neves assevera: “Não a apresentei como única diferença característica ou válida para a autorreflexão da sociedade mundial. Outras diferenças eram relevantes à época [virada da década de 1980 para 1990], como aquela entre bloco soviético (‘oriente’) e bloco ‘liberal’, liderado pelos Estados Unidos (‘Ocidente’), no âmbito da chamada ‘Guerra Fria’. Essa diferença desapareceu e outras se afirmaram, como aquelas entre fundamentalismo islâmico e laicidade política, entre capitalismo de Estado chinês e capitalismo ‘liberal’. A essas e outras diferenças não se aplica o modelo ‘centro e periferia’ e, nesse sentido, o bloco soviético, o Irã e a China não se apresenta(ram), na relação com o ocidentalismo, primordialmente nem como modernidade central nem como modernidade periférica [...] Sem negar, portanto, que a sociedade moderna (mundial) é múltipla, parto de diferenças, não de identidade coletiva.” NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018, p. 370-371.

Enfim, era o Conselho Nacional da Seguridade Social quem fazia esta fiscalização e participação na gestão do orçamento da seguridade social, mas estas funções foram esvaziadas com a ausência de instituição com papel semelhante. Este parece ser um exemplo do que Florestan Fernandes temia em relação à proteção do risco social:

A ampliação da capacidade decisiva das lideranças diminuiu acentuadamente a importância da contribuição pessoal dos constituintes. Nesse sentido no segundo turno completou-se a deformação do processo constituinte. Os constituintes sancionam ou desaprovam os “acordos das lideranças”, de acordo com os arranjos partidários, embora votem livremente as emendas que ficam fora da rede de entendimentos prévios. Portanto, o preço da superação da ameaça de impasse foi alto. Mas, até agora, os “acordos das lideranças” serviram para proteger o processo constituinte dos constrangimentos reacionários e para afastar o texto constitucional de um empobrecimento arrasador. Nessas condições, o segundo turno sofre oscilações, dando um passo atrás e dois à frente ou vice-versa. Mas, por enquanto, assim se asseguram várias coisas, como a formação de maiorias para votações essenciais, a preservação de certas conquistas democráticas mais ou menos avançadas, a remoção de interferências externas, a invalidação dos acidentes de viagem catastróficos etc. Uma maioria parlamentar elitista heterogênea e contingente perdeu o condão de pôr e dispor facilmente, como se a ANC se reduzisse a um congresso de “homens válidos”, que decidiam por si e para si qual deveria ser a “vontade do povo”.

Não se deve concluir que o desenrolar do processo constituinte e, especialmente, o que ocorre no segundo turno sejam uma demonstração da incapacidade dos países em desenvolvimento de gerar uma constituição autenticamente democrática, moderna e avançada. A realização do segundo turno revelou-se particularmente infeliz. Porém, o texto produzido pela Comissão de Sistematização é um teste de que, apesar dos entraves conhecidos, nada impede que se chegue a uma constituição razoável, apesar do desenvolvimento desigual (ou, até, por causa da necessidade de corrigi-lo e combatê-lo). O fator específico da virulência do segundo turno reside na “Nova República” e no que ela representa, nos compromissos espúrios da “transição lenta, gradual e segura” e na tentativa de transpô-la para a Constituição. Transição permanente significa conspiração permanente. Aí está o busílis da questão. Não está sendo nada fácil enfrentar as dificuldades do segundo turno. Mas elas vêm sendo e serão vencidas ou deslocadas. Mais difícil será a implementação da Constituição e do grau de democracia que ela prevê, especialmente para os trabalhadores e os malditos da terra. O mesmo barco que navega dentro do Parlamento poderá naufragar fora dele. Por isso, é recomendável que se reflita sobre este hipotético “terceiro turno”, que envolve a instauração da Constituição em um terreno salgado pelo mandonismo, pelo paternalismo, pelo clientelismo, pelo oportunismo multiplicados por cem mil pelo regime vigente. Os de baixo precisam abrir os olhos e cerrar fileiras – ou tudo continuará como está, sob a feitoria do Estado de transição permanente. A perversidade não só está nas constituições, mas nas ações dos homens que fazem “tudo pelo social”, defendendo, contudo, com unhas e dentes a persistência da autocracia.⁵²⁷

⁵²⁷ FERNANDES, Florestan. **A constituição Inacabada**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989, p. 344-345.

Este Estado de transição permanente tolhe a implementação de instituições democráticas fortes uma vez que a constante transição vai de encontro à recursividade necessária para que um sistema se individualize⁵²⁸ e se torne cada vez mais definido dentro de suas funções.

Esta falta de constância não é simplesmente sobre as políticas públicas, mas afeta a igualdade material essencial à concretização do Estado Democrático de Direito. Neste sentido a ausência desta arena pública para dissenso entre as visões pluralistas, para fiscalização social e para gestão conjunta faz com que esta “transição lenta, gradual e segura” de fato mine ao longo dos anos os institutos de proteção do risco social, fazendo com que a norma constitucional seja apenas simbólica. Isto reforça a classificação de Marcelo Neves em relação ao Brasil como País da Modernidade Periférica.

⁵²⁸ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 370-371.

CONCLUSÃO

Ainda que na percepção das pessoas a proteção do risco social diminuiu por causa da reforma trabalhista, reforma da previdência, até a recente existência da extinta DRU que existiu por décadas, dentre outras situações, mesmo assim, a conclusão com base nas noções apresentadas sobre o termo risco, é de que não é possível afirmar se estes 20 anos sem o Conselho Nacional da Seguridade Social significaram uma redução da proteção social ao risco. Pois, em última instância, não é possível adivinhar o que seria se tudo fosse diferente. Também não é possível afirmar que tudo será diferente e a proteção do risco será melhor se instituição semelhante ao CNSS voltasse a existir.

Porém os acontecimentos desde a promulgação da CF/88 não militam em favor da confirmação da extinção deste conselho: existência duradoura da DRU; reforma trabalhista; as sucessivas reformas da previdência que geram grande insegurança jurídica e instabilidade para os segurados; as isenções fiscais que seriam destinadas ao OSS; e em breve, possíveis reformas administrativa e tributária.

Porquanto não se afirme que a mera existência do CNSS impediria as reformas – este é o tipo de previsão impossível de se fazer – contudo é justificável questionar se eventuais reformas não seriam melhores estruturadas, embasadas e condizentes com os distintos sistemas se realizadas com o parecer e participação daqueles setores que seriam diretamente afetados. Porém, da forma como aconteceram estas reformas, a proteção ao risco social tem se fragmentado com passar dos anos e se submetido às marés da conjuntura econômica.

Portanto, sem esta participação, gestão e fiscalização social, não existe um órgão que fiscalize a macro política da seguridade social e, por consequência, promova o alinhamento da política de proteção do risco social. Desta feita, as políticas públicas relacionadas à saúde, assistência e previdência são, muitas vezes, vistas como áreas autônomas, sem a percepção que unidas fazem parte de algo maior que é a Seguridade Social, com objetivos, orçamento e princípios muito bem delineadas no texto constitucional. E o Conselho Nacional de Seguridade Social – CNSS seria o órgão capaz de fazer a leitura e fiscalização da interrelação dessas áreas.

Considerando ainda a Constituição Federal como um ato de soberania da vontade geral, ou seja, considerando a CF/88 como premissa, então a extinção do CNSS apartou ainda mais as representações da sociedade das decisões políticas, pois atuou sem conciliação com fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Por exemplo, com relação à soberania (esta exclusivamente se for entendida pela concepção de Rousseau, pois no Brasil o povo é quem é soberano), cidadania, pois era um espaço para grupos participarem da vida política do Estado e, especulativamente, a própria difusão destas discussões *online* poderia fomentar a discussão da *res publica* na sociedade como rememora-se dos ensinamentos de Daniel Sarmiento sobre o Princípio Republicano e reforça-se a manifestação de comunhão⁵²⁹. Outros fundamentos são a dignidade da pessoa humana entendida com a noção trazida por Ingo W. Sarlet e Thaís M. R. R. Zuba de que a violação ao princípio da vedação ao retrocesso é um atentado à segurança jurídica e, consequentemente, à dignidade da pessoa humana que não pode confiar no Sistema jurídico do próprio Estado; pluralismo político, afinal sequer houve consenso sobre o assunto na Assembleia Constituinte Originária, deixando a discussão para ser resolvida em cada tempo, permitindo que esta discussão de ideias plurais pudesse mudar as políticas da seguridade social. Esta extinção também foi antagônica aos objetivos fundamentais do Brasil de justiça social: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e marginalização e reduzir desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos.

Isto reforça a sociedade de classe como disse Ulrich Beck, mas também a existência dos subincluídos e sobreincluídos, bem como a classificação de Marcelo Neves de que, atualmente, o Brasil é um país da modernidade periférica. As instituições e os sistemas precisam de recursividade para ter uma existência objetiva, concreta, mas flexível e imaterial. Em 1999 o Estado Democrático de Direito ainda não tinha o tempo necessário para se distinguir e se fundar em raízes profundas.

Então, muito menos ao CNSS foi dado este tempo necessário. A informação ali produzida não foi amplamente difundida para ser capaz de alterar o sistema político ou do direito, a própria busca de material sobre o CNSS é relativamente escassa. Conclui-se, portanto, que a decisão de considerar que este era um órgão inócuo foi muito precoce. Uma possibilidade para a continuação deste estudo é buscar atas no arquivo público ou fazer um estudo comparado dos CNPS, CNAS, CNS e CAPS para verificar as práticas e a efetividade das deliberações dos conselhos para o Orçamento da Seguridade Social e para a produção de políticas públicas.

⁵²⁹ BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013, p.169-170.

De antemão e do ponto de vista teórico de Ulrich Beck, reitera-se a conclusão do estudo do IPEA sobre a necessidade de assessoria técnica institucionalmente assegurada para os conselheiros deste tipo de órgão.

Além disso, na busca de uma maior justiça social a sugestão seria permitir representantes da Saúde e da Assistência Social para a atual gestão quadripartite de trabalhadores, empregadores, aposentados e Governo. Outra expressão da justiça social é o fato de que estes segmentos da sociedade mais afetados possam deliberar e participar do processo de interpretações causais do risco, visto que a decisão efetivamente tomada se tornará, eventualmente, definidora de padrões biográficos. Esta medida teoricamente é capaz de tornar esta discussão mais pluralista, participativa e interdisciplinar, como também é sugerido por Ulrich Beck. E, como adverte Luhmann, tornar esta comunicação organizada permitiria o Governo ser capaz de observar as demandas do povo, pois ele reflete o impacto das decisões jurídicas e são o que torna o Sistema operativamente fechado como dizem as teorias luhmannianas.

O governo pode se aproveitar desta instituição para fomentar o debate de diferentes sistemas sociais e gerar a flexibilidade necessária para antever novas percepções de risco ainda sem regulamentação, evitando que se formem zonas de condicionamento sistêmico ilegítimas – nesta linha se encontra consenso com Ulrich Beck.

Não obstante, também se alinha a Michael J. Sandel, quando reflete sobre a necessidade de reduzir as desigualdades sociais não apenas para não sucatear o serviço público pela falta de interesse da sociedade no bem comum, mas também para focar a discussão da busca pela igualdade não só na redistribuição de riqueza para o fim de ter poder aquisitivo privado para todo mundo. Como uma prática essencial à manutenção do Estado Democrático de Direito capaz de dar recursividade ao aprendizado de práticas cidadãos democráticas, para desenvolver a noção de bem comum independentemente da classe social.

Ulrich Beck reforça ainda a necessidade de ampliação da garantia jurídica de controle da subpolítica, como uma forma que o governo tem para impor alguma responsabilidade àqueles que produzem os riscos e gerar um efeito conservador da política sobre a subpolítica. Ressalte-se, entretanto, que, para Niklas Luhmann, soluções jurídicas e do sistema econômico não são suficientes para lidar com as dinâmicas de risco, sendo necessária ainda – e nisto os dois sociólogos alemães convergem – uma esfera pública pluralista forte e independente, com possibilidade de mutualmente reconstruir as próprias observações ou

entender o outro, acrescentando Luhmann que além desta, as formas paralelas de comunicação também podem ajudar.

A extinção do CNSS por Medida Provisória foi um ato político, transmutando a natureza da Medida Provisória de ato normativo de urgência para um ato regulamentar. E concorda-se com Rogério José Bento Soares do Nascimento de que o Art. 2º da EC nº 32/01 – que tornou a Medida Provisória em permanente – é inconstitucional. Por outro lado, o poder legislativo a quem compete revogar ou regulamentar esta Medida Provisória, se manteve omissa desde 2001 e a tentativa que houve de legislar sobre o tema já foi arquivada permanentemente. Não há nenhuma instituição no poder executivo com papel semelhante e não há perspectiva de que haverá legislação sobre o tema.

Por sua vez, o poder judiciário julgou que não tinha como intervir nas ações constitucionais tentadas, sequer conhecendo a ADI nº 2.065/DF e 2.634/DF. O conjunto desta obra demonstra uma interferência do Sistema Político sobre o Sistema do Direito sem o intermédio da Constituição Federal para manter os dois sistemas fechados. Este tipo de desvanecimento do Acoplamento Estrutural é parte do processo que pode culminar no que Marcelo Neves cunhou de Alopoiese do Sistema Jurídico Brasileiro.

Concorda-se com Marcelo Neves que no Estado Democrático de Direito é contraditório ficar buscando consenso sobre o conteúdo das decisões, sendo apenas necessário buscar consenso sobre o procedimento para permitir que haja dissenso no conteúdo.

Em que pese não haver concordância com a extinção do CNSS, “repristinar” a lei que previa um órgão há vinte anos talvez não seja a melhor solução jurídica, pois seria sem a deliberação do legislativo e a gestão do executivo. Mas uma possível solução jurídica seria apresentar Ação Direita e Inconstitucionalidade por Omissão com alteração da fundamentação anterior para dizer que existe uma omissão constitucional, pois não há um órgão que faça o conjunto *integrado* de ações de iniciativa dos Poderes Públicos *e da sociedade*, privilegiando o carácter democrático estabelecido na Constituição e *sem a integração entre os órgãos responsáveis pela saúde, previdência social e assistência social*. A hipótese que só pode ser confirmada na prática é a de que esta ação seria ao menos conhecida desta vez e representaria uma importante ferramenta em prol do Princípio do Carácter Descentralizado da Seguridade Social, como preconizou a Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. **PNAD Contínua 2018: 10% da população concentram 43,1% da massa de rendimentos do país.** 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25700-pnad-continua-2018-10-da-populacao-concentram-43-1-da-massa-de-rendimentos-do-pais>. Acesso em: 03 jun. 2020.

AGÊNCIA SENADO. **CDH acata sugestão legislativa de cidadã para revogação do Teto de Gastos.** 2019. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/21/cdh-acata-sugestao-legislativa-de-cidada-para-revogacao-do-teto-de-gastos>. Acesso em: 03 jun. 2020.

LEMO FILHO, Arnaldo et al. (Orgs.). **Sociologia geral e do direito.** 5 ed. Campinas, SP: Editora Alínea, 2012.

BALERA, Wagner. **Sistema de Seguridade Social.** 8. ed. São Paulo: LTr, 2016.

BALERA, Wagner; MUSSI, Cristiane Miziara. **Direito previdenciário.** 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.** Brasília: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Trinta anos da constituição: a república que ainda não foi. *In*: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ.** Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 35-54.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BERCOVICI, Gilberto. Democracia, inclusão social e igualdade. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, p. 165–182, jan./dez. 2006.

BOLSONARO elimina seleção independente para membros do conselho de proteção à criança. **El País**, São Paulo, 06 set. 2019. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/09/05/deportes/1567700829_852599.html. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Diário do congresso nacional.** Seção I, ano XLVII – nº 09, sexta feira, 24 de janeiro de 1992, Brasília/DF. Ata da 9ª Sessão, da 3ª Sessão Legislativa Extraordinária, da 4ª Legislatura, em 23 de janeiro de 1992.

BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Emenda Constitucional n. 103, de 12 de Novembro de 2019.** Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Governo Federal. **Medida Provisória n. 1.911-7, de 29 de junho de 1999.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/1911-7.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Governo Federal. **Medida Provisória n. 1.799-5, de 13 de maio de 1999.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/antigas/1799-5.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Governo Federal. **Exposição de Motivos Interministerial n. 1 /CC/MJ.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Exm/2003/1-CCV-MJ-03.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Governo Federal. **Lei n. 13.844, de 18 de junho de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13844.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Ministério da Mulher, Da Família E Dos Direitos Humanos/Conselho Nacional Dos Direitos Humanos. **Recomendação n. 11, de 11 de agosto de 2019.** 26 ago. 2019. Edição 164, seção 1, p. 65. Disponível em: www.in.gov.br/en/web/dou/-/recomendacao-n-11-de-14-de-agosto-de-2019-212421217. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 178, de 2007.** Autoria: Senador Paulo Paim. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80446>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2065 DF.** Ação Direta De Inconstitucionalidade. MP 1911-9/99. Norma de natureza secundária. Violação indireta. impossibilidade de exame em sede de controle concentrado de constitucionalidade. 1. É incabível a ação direta de inconstitucionalidade quando destinada a examinar ato normativo de natureza secundária que não regule diretamente dispositivos constitucionais, mas sim normas legais. Violação indireta que não autoriza a aferição abstrata de conformação constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 17/02/2000, Data de Publicação: DJ nº 43, 01/03/2000. Disponível em: portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1778260. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 2634 DF.** Vistos. O Partido dos Trabalhadores - PT, com fundamento nos arts. 102, I, a e p; e 103, VIII e § 2º, da Constituição Federal, propõe ação direta de inconstitucionalidade por omissão "em face do descumprimento e da falta de emissão de norma regulamentadora do disposto no inciso VII do art. 194 da Constituição, o qual prevê o caráter democrático e descentralizado da gestão quadripartite da Seguridade Social" (fl. 2).(...) Relator: Min. Carlos Velloso, Data de Julgamento: 16/09/2002, Data de Publicação: DJ 23/09/2002 PP-00043.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI: 3105 DF**. Ementa: 1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. (...) Relatora: Min. Ellen Gracie. Data de julgamento: 18/08/2004, Data de publicação: DJ nº 33, 18/02/2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2192089>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE: 639337/SP**. Ementa: (...) Legitimidade Constitucional Da Intervenção Do Poder Judiciário Em Caso De Omissão Estatal Na Implementação De Políticas Públicas Previstas Na Constituição - Inocorrência De Transgressão Ao Postulado Da Separação De Poderes - Proteção Judicial De Direitos Sociais, Escassez De Recursos E A Questão Das “Escolhas Trágicas” - Reserva Do Possível, Mínimo Existencial, Dignidade Da Pessoa Humana E Vedação Do Retrocesso Social – (...) Relator: Min. Celso de Mello. Data de julgamento: 23/08/2011, Data de publicação: DJ nº 177, 15/09/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4063691>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ministro rejeita ADPF que questionava normas sobre cultivo de camarões. **Notícias STF**. Publicada em 05/03/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=261650&caixaBusca=N>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt nos EDcl no AREsp: 1254567 SP 2018/0043565-7**. Direito Processual Civil. Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial. Aplicação da técnica da distinção (Distinguishing). Distinção entre a hipótese dos autos com questão decidida em sede de Recurso Repetitivo. Súmula 182 Do STJ. (...) Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 14/08/2018, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 16/08/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1736008&num_registro=201800435657&data=20180816&formato=PDF. Acesso em: 03 jun. 2020.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Quadro de referência de uma política pública**: primeiras linhas de uma visão jurídico-institucional. Direito do Estado, 2016. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/maria-paula-dallari-bucci/quadro-de-referencia-de-uma-politica-publica-primeiras-linhas-de-uma-visao-juridico-institucional>. Acesso em: 03 jun. 2020.

CAMÕES, Marizaura Reis de Souza; MENESES, Pedro Paulo Murce. **Gestão de pessoas no governo federal**: análise da implementação da Política Nacional de Desenvolvimento de Pessoal. Brasília: Enap, 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

CARBONE, Célia Opice. **Seguridade social no Brasil**: ficção ou realidade?. São Paulo: Atlas, 1994.

CERQUEIRA, Marcello. Recado ao tempo: democracia e segurança jurídica. *In*: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 31-46.

CICONELLO, A. O desafio de eliminar o racismo no Brasil: a nova institucionalidade no combate à desigualdade racial. *In*: OXFAM INTERNATIONAL (org.). **From Poverty to Power**: how Active Citizens and Effective States can Change the World. Oxfam International: Londres, 2008. Disponível em: <https://policy-practice.oxfam.org.uk/publications/from-poverty-to-power-how-active-citizens-and-effective-states-can-change-the-w-115393>. Acesso em: 03 jun. 2020.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

DELGADO, Guilherme Costa; SCHWARZER, Helmut; QUERINO, Ana Carolina; LUCINI, Juana Andrade de. **A participação social na gestão pública**: Avaliação da experiência do Conselho Nacional de Previdência Social (1991/2000). Texto para discussão nº 909. Programa Rede-Ipea: Avaliação da participação social: Os Conselhos de Políticas Sociais. Brasília: IPEA, setembro de 2002. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4467. Acesso em: 03 jun. 2020.

DIAS, Matheus Campos. **A seguridade social e a Desvinculação das Receitas da União (DRU)**. 2017. 82 f. Monografia (Graduação de Bacharel em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, 2017. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/235/11770>. Acesso em: 03 jun. 2020.

FARIAS, Pedro César Lima de. **A seguridade social no Brasil e os obstáculos institucionais à sua implementação**. Brasília: MARE/ENAP, 1997.

FERNANDES, Ana Elizabete Simões da Mota. **Cultura da crise e seguridade social**: um estudo sobre as tendências da previdência e da assistência social brasileira nos anos 80 e 90. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

FERNANDES, Florestan. **A constituição inacabada**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

FREIRE, Alonso. Trinta anos depois: uma análise do processo constituinte e do desempenho da Constituição Federal de 1988. *In*: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 123-158.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

GREEN, Duncan. **From poverty to power**: how active citizens and effective states can change the world. Oxford: Oxfam International, 2008.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Direito previdenciário**. Barueri, SP: Manoele, 2011.

HORVATH JÚNIOR, Miguel. **Os direitos Fundamentais e a seguridade social**. Âmbito Jurídico. 2006. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-previdenciario/os-direitos-fundamentais-e-a-seguridade-social/>. Acesso em: 03 jun. 2020.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 21. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2015.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeto UNFPA/BRASIL (BRA/02/P02) – População e Desenvolvimento**: Sistematização das medidas e indicadores sociodemográficos oriundos da projeção da população por sexo e idade, por método demográfico, das Grandes Regiões e Unidades da Federação para o período 1991-2030. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://www.unfpa.org.br/Arquivos/PDS_Sociodemographic_indicators.pdf. 03 jun. 2020.

JANCZURA, Rosane. Risco ou vulnerabilidade social?. **Textos & Contextos**, Porto Alegre, v. 11, n. 2, p. 301-308, ago./dez. 2012.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LABOISSIÈRE, Paula. Doenças erradicadas voltam a assustar: veja os desafios da vacinação. **EBC**, 2018. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2018-07/doencas-erradicadas-voltam-assustar-veja-os-desafios-da-vacinacao>. Acesso em: 03 jun. 2018.

LIMA, Javert de Souza. Da Mensagem de Bismark ao Plano Beveridge. **Revista da Faculdade de Direito UFMG**, v. 09, p. 125-131, 1957. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/issue/view/47/showToc>. Acesso em: 03 jun. 2020.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Risk**: a sociological theory. New York: Routledge Taylor & Francis Group London and New York, 2017.

LUHMANN, Niklas. Sociologia como teoria dos sistemas sociais. In: SANTOS, José Manuel (org.). **O Pensamento de Niklas Luhmann**. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2005. p. 71-119.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**: noções de direito previdenciário. São Paulo: LTr, 1997. t. 1.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário**: previdência social. 2. ed. São Paulo: LTr, 2003. t. 2.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Princípios de direito previdenciário**. São Paulo: LTr, 1982.

MARTINS, Floriano José; VAZ, Flávio Tonelli. Práticas orçamentárias a esvaziar a seguridade social. *In*: CARVALHO FILHO, Celescino de (Coord.). **20 anos da Seguridade Social na Constituição: Sonho ou Realidade?**. Brasília: Fundação ANFIP, 2009, p. 79-96.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MÁXIMO, Wellton. **Governo revisa para R\$ 855,7 bi economia com reforma da Previdência**: inclusão de medidas para estados e prefeituras aumentou estimativa. 09 dez. 2019. Disponível em: agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-12/governo-revisa-para-r-8557-bi-economia-com-reforma-da-previdencia. Acesso em: 03 jun. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NASCIMENTO, Rogério José Bento Soares do. **Abuso do poder de legislar**: controle judicial da legislação de urgência no Brasil e na Itália. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

NEVES, Marcelo. A concepção de Estado de direito e sua vigência prática na América do Sul, com especial referência à força normativa de um direito supranacional. **Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, out./dez. 2008. Disponível em: <http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56014>. Acesso em: 31 ago. 2019.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre o Têmis e o Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 3. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.

NEVES, Marcelo. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da Sociedade mundial em Niklas Luhmann. **Revista de informação legislativa**, v. 52, n. 206, p. 111-136, abr./jun. 2015. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/512453>. Acesso em: 03 jun. 2020.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2018.

OLIVEIRA, Guilherme. Cinquenta medidas provisórias de 2001 ainda estão válidas. **Agência Senado**. 20 out. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/10/20/cinquenta-medidas-provisorias-de-2001-ainda-estao-validas>. Acesso em: 03 jun. 2020.

OMS alerta para o pior surto global de sarampo desde 2006. **Saúde**, 2019. Disponível em: <https://saude.abril.com.br/medicina/oms-alerta-para-o-pior-surto-global-de-sarampo-desde-2006/>. Acesso em: 03 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 03 jun. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Application of International Labour Standards 2020. Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations**. International Labour Conference 109th Session, 2020. p. 79-83. Disponível em: https://www.ilo.org/ilc/ILCSessions/109/reports/reports-to-the-conference/WCMS_736204/lang--en/index.htm. Acesso em: 03 jun. 2020.

PEIRCE, Charles Sanders. **Semiótica**. 4. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

PIOVESAN, Flavia; IKAWA, Daniela. Segurança jurídica e direitos humanos: o direito à segurança de direitos. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 47-84.

POMPEU, Gina Marcilio; PONTES, Rosa Oliveira de. O princípio da democracia econômica e social e a Constituição brasileira de 1988. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 230-256, maio/ago. 2017. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v8i2.14624.

RAMOS, Felipe Farias. **O Institucionalismo de Santi Romano**: por um diálogo entre posições críticas à modernidade jurídica. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina Florianópolis, 2011.

RIEGLER, Alexander. **The Heiz von Foerster Page**. 1996. Disponível em: <https://www.univie.ac.at/constructivism/HvF.htm>. Acesso em: 03 jun. 2020.

ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, n. 2, p. 49-67, dez. 2001. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>. Acesso em: 03 jun. 2020.

ROMANO, Santi. **O ordenamento jurídico**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RUPRECHT, Alfredo J. **Direito da seguridade social**. São Paulo: LTr, 1996.

SALLENAVE, Thyago Virgílio. Estado democrático de direito e a constitucionalização simbólica. In: ROCHA, Lilian Rose Lemos *et al.* (coord.). **Caderno de pós-graduação em direito**: prática processual constitucional e administrativa. Brasília: UniCEUB/ICPD, 2019. p. 03-19.

SALVADOR, Evilásio da Silva. Avanços e limites no controle social da Seguridade no Brasil. In: VAZ, Flavio Tonelli; MUSSE, Juliano Sander; SANTOS, Rodolfo Fonseca dos (Coords.). **20 anos da Constituição Cidadã**: avaliação e desafios da Seguridade Social. Brasília: ANFIP, 2008. p. 109-130.

SALVADOR, Evilásio da Silva. **Fundo público no Brasil**: financiamento e destino dos recursos da seguridade social (2000 a 2007). 2008. 395 f. Tese (Doutorado em Política Social) - Instituto de Ciências Humanas, Departamento de Serviço Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. 21. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. 8. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SANDEL, Michael. **Por que não deveríamos confiar nossa vida cívica aos mercados**. TED talks channel. 1 vídeo (14min. 37seg.). 2013. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=3nsoN-LS8RQ>. Acesso em: 03 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Carmén Lúcia Antunes (coord.). **Constituição e segurança jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 85-130.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional. **Revista Páginas de Direito**, Porto Alegre, ano 6, n. 371, 17 jan. 2006. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/93-artigos-jan-2006/4614-a-eficacia-do-direito-fundamental-a-seguranca-juridica-dignidade-da-pessoa-humana-direitos-fundamentais-e-proibicao-de-retrocesso-social-no-direito-constitucional-brasileiro-formato-pdf>. Acesso em: 03 jun. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos de Constituição de 88: por uma república inclusiva. In: BARROSO, Luís Roberto; MELLO, Patrícia Perrone Campos (coord.). **A República que ainda não foi**: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 261-280.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 173, p. 15-24, jul. 1988. DOI: <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v173.1988.45920>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45920>. Acesso em: 03 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário**: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios da previdência social. 15. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2014.

TOMÉ, Fabiana Del Padre. **Contribuições para a seguridade social**: à luz da Constituição Federal. Curitiba: Juruá, 2004.

TSUTYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. **Curso de direito previdenciário**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013.